



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB  
FACULDADE DE DIREITO - FD

FELIPE ANTÔNIO ARAÚJO

**HARMONIA E TENSÕES: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA  
ATUALIDADE E RESPOSTA LEGISLATIVA A DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said  
Maia Filho.

Brasília - DF  
2019



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB  
FACULDADE DE DIREITO - FD

FELIPE ANTÔNIO ARAÚJO

**HARMONIA E TENSÕES: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA  
ATUALIDADE E RESPOSTA LEGISLATIVA A DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said  
Maia Filho.

Brasília - DF  
2019

Araújo, Felipe Antônio. 1996-

Harmonia e Tensões: o papel do Judiciário na atualidade e resposta legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal / Felipe Antônio Araújo. – 2019.

92 fls.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho.

1. Judiciário. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Resposta legislativa. 4. Ativismo Judicial. I. Maia Filho, Mamede Said. II. Harmonia e Tensões: o papel do Judiciário na atualidade e resposta legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal.

FELIPE ANTÔNIO ARAÚJO

**HARMONIA E TENSÕES: O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA  
ATUALIDADE E RESPOSTA LEGISLATIVA A DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho – Orientador  
FD/UnB

---

Prof. Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins – Examinador  
FD/UnB

---

Mestre Paulo Soares Bugarin – Examinador

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo expor o papel que o poder Judiciário exerce no cenário político-institucional atual. Para tanto, serão feitas breves análises acerca da teoria da separação dos poderes, com o fito de demonstrar que sua razão de existência se baseia no controle do poder por repartição. Além do mais, em razão de sua modulação com o tempo, será visto que, hoje, o principal mecanismo de controle do poder são as Constituições. A partir dessa conjuntura, serão analisados os fenômenos que lhe deram causa e que lhe são decorrentes, notadamente o neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o ativismo judicial. Diante desse contexto, será constatado que o Judiciário ganha notório espaço no jogo político, bem como que todas essas características estão em larga medida presente no panorama brasileiro, e será discutido em que medida essa atuação proeminente é legítima. Por fim, serão analisados casos de resposta legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de atestar que o poder Legislativo tem legitimidade para manifestar-se contrariamente ao que já havia decidido o Supremo, e que esse tipo de embate institucional serve antes para aperfeiçoar os ditames constitucionais, do que para ocasionar um estado de coisas conflituoso.

**Palavras-Chave:** separação dos poderes; Supremo Tribunal Federação; reação legislativa; ativismo judicial; Direito Constitucional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo I.....</b>	<b>10</b>
<b>SEPARAÇÃO DOS PODERES.....</b>	<b>10</b>
1.1 Breve exposição de suas raízes históricas.....	10
1.2 A elasticidade da teoria da separação dos poderes com o tempo .....	12
<b>Capítulo II .....</b>	<b>14</b>
<b>O JUDICIÁRIO NA ATUALIDADE.....</b>	<b>14</b>
2.1 Evolução paradigmática do Estado e seu estágio atual, o Estado Democrático de Direito.....	14
2.2 O neoconstitucionalismo.....	16
2.3 Judicialização da política e ativismo judicial .....	20
2.4 Possíveis causas da judicialização da política .....	25
2.5 Algumas críticas à judicialização da política e ao ativismo judicial.....	27
<b>Capítulo III.....</b>	<b>31</b>
<b>O DEBATE NO BRASIL.....</b>	<b>31</b>
3.1 O panorama brasileiro .....	31
3.2 A ampliação das competências institucionais do Supremo pós-88 .....	33
3.3 Judicialização da política e ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal	36
3.4 E como fica a relação entre os poderes? Harmonia e tensões.....	45
3.4.1 Lealdade Institucional .....	45
3.4.2 Autorrestrrição judicial.....	46
<b>Capítulo IV .....</b>	<b>53</b>
<b>REAÇÃO LEGISLATIVA A DECISÕES DO SUPREMO .....</b>	<b>53</b>
4.1 Reação Legislativa .....	53
4.2 Reação por Emendas Constitucionais .....	57
4.3 Reação por leis ordinárias .....	63
4.4 Diálogos constitucionais e ADI 5.105.....	69

CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86
ANEXO I.....	89
ANEXO II .....	91

## INTRODUÇÃO

Determina o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A ideia de separação dos poderes, por sua vez, ancora-se na necessidade de controle do poder, que, caso centralizado na figura de uma única instituição ou pessoa, enseja o arbítrio. Noutro giro, a ideia de controle recíproco carrega em seu âmago a necessidade de atuação concertada das instituições na promoção da cidadania.

Hoje, a Constituição também se tornou importante mecanismo de controle do poder e de garantia de direitos, notadamente num período pós-guerra ou pós-ditatorial. Precipuamente incumbido de sua guarda, o poder Judiciário deixou de ser um poder coadjuvante – quase nulo nos primórdios da teoria da separação dos poderes - no jogo político para assumir verdadeiro protagonismo. Pode-se dizer, inclusive, que a ascensão do Judiciário se deu juntamente com a ascensão da Constituição enquanto Norma Maior de todo o ordenamento jurídico, e responsável por vincular a atuação dos poderes constituídos.

Muito embora tenha importante função nas democracias modernas, em especial na proteção de direitos das minorias políticas, e possa manifestar-se sobre quase tudo, não são raras as vezes que as Supremas Cortes acabam adotando posturas ativistas, ao contrário da deferência aos demais poderes.

No entanto, os limites dessa atuação, se legítima ou não, são bastante imprecisos. Às vezes o que se entende por ativismo judicial é tão subjetivo que não se é capaz de criteriosamente qualificar essa ou aquela decisão como ativista, e mesmo que, por ser ativista, não é legítima.

Além do mais, o debate acaba se voltando demasiadamente para o poder Judiciário em si, sobre quais parâmetros usar, em quais momentos deva ou não ser ativista, que se esquecem as atribuições constitucionais dos demais poderes, notadamente o Legislativo, que, no Brasil, não está vinculado às decisões do Supremo. Este último fator



tem importante peso no debate constitucional, porquanto levanta a indagação sobre quem deva dar a última palavra sobre a Constituição.

O presente trabalho, a seu turno, busca verificar os fenômenos que deram ensejo a essa atuação proeminente. Para tanto, partir-se-á de uma breve análise sobre as raízes históricas da teoria da separação de poderes, acerca de extrair seu fundamento de existência.

Diante disso, será analisado o contexto histórico da segunda metade do séc. XX, de surgimento do movimento neoconstitucionalista, marcado pelos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, que bem ilustram a distinta atuação do Judiciário na atualidade.

Além do mais, também será verificado em que medida essas características estão presentes no contexto brasileiro, sob o prisma da Constituição de 1988. Com isso, será discutido o grau de legitimidade dessa atuação proeminente, marcada pelo ativismo judicial, a partir de teorias multidimensionais, capazes de abarcar toda a fenomenologia que circunda esse complexo movimento.

Por fim, ante esse complexo pano de fundo, também serão analisados casos de resposta legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, partindo do pressuposto de que o legislador não está a elas vinculado. Sendo assim, será verificado se a tensão entre poderes legitimamente incumbidos de extrair o melhor sentido da Carta Maior serve para introduzir um estado de coisas conflituoso ou para otimizar sua aplicação.

Para tanto, serão feitos levantamentos bibliográficos de autores que bem explicam todos esses fenômenos, e daqueles responsáveis, ademais, por propagá-los. Além do mais, também serão analisadas decisões proferidas pelo STF, bem como leis e emendas constitucionais promulgadas em reação àquelas.

## Capítulo I

### SEPARAÇÃO DOS PODERES

#### 1.1 Breve exposição de suas raízes históricas

As teorias que preconizam a separação dos poderes remontam à Grécia antiga, com a contribuição de Aristóteles, que difundiu o conceito de constituição mista<sup>1</sup>. Ademais, tal filósofo, nessa esteira, também foi responsável por introduzir a gênese de um sistema de freios e contrapesos. Contudo, ele não tratou propriamente de uma efetiva separação de poderes, somente posteriormente trabalhada.

No contexto medieval, marcado pelo absolutismo, a ideia de um líder político centralizado e forte fomentou teorias que justificassem a concentração de poder, como a doutrina de Hobbes<sup>2</sup>. Nesse cenário, a teoria da separação de poderes e do controle recíproco encontraram ambiente inóspito para desenvolver-se.

A ascensão do iluminismo e a revolução francesa de 1789, impulsionada pela burguesia, culminariam no Estado de direito, baseado no controle do poder dos líderes constituídos pela lei. É nesse contexto que surgem as principais teorias de separação dos poderes, dentre elas, a de John Locke e de Montesquieu<sup>3</sup>.

Locke preconizou a existência dos poderes Legislativo, Executivo e, como ele denominava, Federativo. Para ele o Legislativo era o principal dos poderes, que é composto por “várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar, seja exclusivamente, seja em conjunto com outras, mas em seguida se separam, uma vez realizada sua tarefa, ficando elas mesmas sujeitas às leis que fizeram”<sup>4</sup>. Por outro lado, o poder Executivo insurgia com a função de executar as leis, visto que era demasiado perigoso reservar essa tarefa àqueles que as fizeram. Por fim, ao poder Federativo incumbia a “administração da segurança e do interesse público externo”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro*. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf), pgs. 1-2. Conceito que parte da ideia de que a constituição não se constitui apenas de parcela da sociedade, mas desta como um todo.

<sup>2</sup> Ibidem, pg. 3.

<sup>3</sup> Ibidem, pg. 4.

<sup>4</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*; e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa – Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. Pg. 75.

<sup>5</sup> Ibidem.

Na teoria lockeana não havia propriamente um poder judiciário, e a função de julgar seria na verdade uma função do Legislativo<sup>6</sup>.

Por sua vez, a teoria montesquieuniana serviu de base para a constituição dos estados modernos, marcados pela separação tripartite dos poderes. Faz-se oportuno citar o trecho do *Espírito das Leis* que definiu o tema:

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas.

Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões.

Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares.

A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado.

A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares<sup>7</sup>.

Pelo exposto é possível verificar o cerne dessa separação: a garantia da liberdade individual. Conforme expõe Márcia dos Santos<sup>8</sup>, isso se dá pelo contexto histórico em que é proposta, marcado pelo absolutismo arbitrário. Ademais, teria como principal função o controle do poder, historicamente concentrado na figura do

---

<sup>6</sup> MALDONADO, Maurílio. Ob. Cit., pg. 5.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2008. Pg. 168 e 169.

<sup>8</sup> SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Separação dos Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – considerações*. In.: Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 29, nº 115, jul.-set. de 1992, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175893>. Pg. 211.

monarca, a qual também daria ensejo ao desenvolvimento da teoria dos freios e contrapesos.

## 1.2 A elasticidade da teoria da separação dos poderes com o tempo

A teoria da separação dos poderes não permaneceu intacta ao longo dos séculos, sendo constantemente lapidada às novas configurações sociais. Uma modificação é notada, por exemplo, a partir do contexto norte-americano, com os federalistas Jay, Hamilton e Madison. Eles preconizaram que o governo, espelho da natureza humana, deve ser constituído, além do controle pelo povo, pelo controle recíproco:

“(...) a grande segurança contra uma graduação de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. (...) A ambição deve ser utilizada para neutralizar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais<sup>9</sup>.

Ou seja, leva-se em conta a natureza humana, constantemente em busca de poder, para mitigar-se a si mesma. Isso geraria um conflito de interesses legitimamente previstos, capaz de controlar o excesso de poder eventualmente aferido em determinado ramo do governo, pelos demais. Todavia, salientam que esse sistema de autodefesa não deve ser igualitário, devendo necessariamente prevalecer o poder Legislativo, em um governo republicano<sup>10</sup>.

Os federalistas também preconizaram uma função essencial ao judiciário: a de guardião da Constituição. Isso porque a Constituição traz em si mecanismos de controle dos poderes instituídos, como limitações ao Legislativo. Argumentam que o povo, poder delegante, responsável pela criação da Constituição, não pode subsumir-se ao Legislativo, poder delegado, e que por isso este não deveria ser o responsável por limitar-se a si mesmo na aplicação da Constituição, e que o poder mais adequado para tanto é o Judiciário<sup>11</sup>. Com isso, o direito norte-americano se destacava em conferir ao Judiciário o mesmo nível político dos outros poderes, principalmente pelo precedente do *Marbury v. Madison*, responsável por inaugurar o *judicial review*, corroborado na teoria

---

<sup>9</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Fifth printing. New York, Mentor Book/ The New American Library Inc., 1961. Tradução de Cid Knipell Moreira. Pg. 13.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem. Pgs. 14 e 15.

dos federalistas de que incumbe ao Judiciário definir o que não é lei com base na Constituição, por meio do controle difuso de constitucionalidade das leis.

É necessário frisar, todavia, que esse destaque do Judiciário no ordenamento norte-americano se dá pela configuração de seu sistema do *common law*. Nele, a jurisprudência assume importante papel na construção do direito ao lado da supremacia da Constituição, ao ponto de a legislação estar em certa medida condicionada aos tipos de decisões que o Judiciário tomar.

Portanto, é possível concluir sumariamente que a sistemática em torno da separação de poderes é complexa e lapidada de acordo com o contexto histórico, com a evolução da sociedade e com as mais diversas culturas em que for inserida, por vezes a conferir maior força ao Executivo, por vezes ao Legislativo e, a partir do constitucionalismo moderno, também ao Judiciário.

## Capítulo II

### O JUDICIÁRIO NA ATUALIDADE

Partindo da premissa de que a teoria da separação dos poderes é dinâmica, e amolda-se ao contexto histórico em que inserida, verifica-se que, atualmente, o poder Judiciário assume importante papel na ordem democrática. Esse protagonismo pode ser verificado mundialmente, e suas origens históricas são pulverizadas a partir do contexto de constitucionalização ou redemocratização de cada país.

#### **2.1 Evolução paradigmática do Estado e seu estágio atual, o Estado Democrático de Direito**

Como é cediço, o Estado passou por diversas configurações, sendo elencadas pelos teóricos três grandes fases: Estado liberal, Estado social e o Estado democrático de direito. O primeiro, vigente nas origens históricas da separação de poderes, conforme já discutido, é pano de fundo da teoria montesquieuniana, e baseia-se na noção de libertação dos indivíduos das amarras do absolutismo, e de igualdade formal entre eles<sup>12</sup>. Essa concepção deu forma a uma nova estrutura socioeconômica marcada por desigualdades materiais em massa, o que levou ao Estado social, caracterizado pelo assistencialismo com vistas a estabelecer a igualdade material por meio da justiça social<sup>13</sup>. Por fim, a atual concepção que se tem de Estado se denomina Estado democrático de direito. É um novo paradigma, bastante complexo, que teria, num primeiro momento, o desafio de “impedir que as suas funções sociais se transformem em funções de dominação, em vista do poderio que atribuem à máquina Estatal”<sup>14</sup> para, com isso, garantir-se as liberdades negativas e positivas, marcadas pelos direitos políticos, sociais, econômicos, culturais, entre outros. Conforme expõe Ricardo Moraes:

A peculiaridade do Estado Democrático de Direito é sua vocação a superar a atual contradição do Estado contemporâneo – que ou preserva a

---

<sup>12</sup> MORAES, Ricardo Quartim. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de informação legislativa, Brasília, DF, v. 51, n. 204, out/dez. 2014. Pgs. 3-5. Esse modelo também é marcado pelos direitos de primeira geração, denominados pela doutrina de direitos individuais.

<sup>13</sup> Ibidem. Pgs. 5-9. Nesse caso, primam-se os direitos de segunda geração: direitos sociais.

<sup>14</sup> Ibidem. Pg. 10.

todo o custo a liberdade dos indivíduos ou, em alguns casos, cresce desproporcionalmente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das prestações materiais necessárias à vida digna do indivíduo. Nesses termos é que vai a assertiva de que o Estado Democrático de Direito se submete ao império da lei, mas da lei que assegura o princípio da igualdade não somente diante da generalidade de seus preceitos como também diante das desigualdades sociais existentes<sup>15</sup>.

Ademais, tal Estado está ligado positiva e negativamente à lei fundamental que o constitui: a própria Constituição. Com isso, os poderes passam a ser vinculados ao que a Constituição estabelece, inclusive o próprio Legislativo. Não obstante, a mudança social é realizada pelos poderes constituídos e pela sociedade civil, que são responsáveis por materializar aquilo que está previsto na Lei Fundamental. De acordo com Canotilho, esse fenômeno é denominado “filosofia de ação”: a Constituição em si necessita da união de forças dos poderes constituídos para a concretização dos valores trazidos consigo<sup>16</sup>.

Outra teoria que medeia essa divisão paradigmática é preconizada por Roberto Barroso em três modelos institucionais: Estado pré-moderno, Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. Segundo ele:

O Estado pré-moderno, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito.

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos

---

<sup>15</sup> MORAES, Ricardo Quartim. Ob. Cit., pg. 11.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pg. 458. Ademais, tal característica é ínsita às Constituições denominadas dirigentes, como a CF brasileira

legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição<sup>17</sup> (277-78).

O estágio atual, em que vige o Estado constitucional, é determinado, segundo Barroso, pelo contexto histórico do pós-guerra e da redemocratização na segunda metade do séc. XX<sup>18</sup>, em virtude da grave violação de direitos vivenciada anteriormente. No campo filosófico, por uma teoria jurídica pós-positivista, definida como um “meio-termo” entre o positivismo e o jusnaturalismo, que “não trata com desimportância as demandas do direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”<sup>19</sup>. Diante disso, alguns princípios já existentes passam por uma releitura, e novos princípios jurídicos surgem, como o da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade e razoabilidade<sup>20</sup>.

No campo teórico, por fim, Barroso assevera a existência de três mudanças que alteraram a aplicação do direito constitucional. Primeiramente, expõe a nova concepção de Constituição, ocorrida no séc. XX, como possuidora de força normativa, ou seja, enquanto norma jurídica dotada de máxima imperatividade e observância pelos poderes. Com isso, também se verificou a expansão da jurisdição constitucional, marcada pela constitucionalização dos direitos fundamentais, e mitigação da atuação do poder Legislativo, que não pode mais desrespeitá-la, e expansão do Judiciário como seu guardião, com a ascensão dos tribunais constitucionais. Todos esses fenômenos descritos por Barroso levaram a um novo paradigma jurídico, com nova hermenêutica, marcado, principalmente, pelo neoconstitucionalismo<sup>21</sup>.

## 2.2 O neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo é um movimento recente e bastante complexo, razão de intensos debates entre os acadêmicos do direito e das mais diversas áreas das ciências humanas. No direito, a discussão se dá em todos os ramos— em face da constitucionalização do direito, ademais -, bem como na teoria e filosofia do direito.

É no contexto de Estado democrático de direito que se desenvolve o denominado neoconstitucionalismo. Conforme Jorge Galvão, o surgimento desse novo

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pgs. 282 e 283.

<sup>18</sup> Ibidem. Pg. 283-286.

<sup>19</sup> Ibidem. Pgs. 287 e 288.

<sup>20</sup> Ibidem. Pgs. 287-289.

<sup>21</sup> Ibidem. Pgs. 300 e 305.



paradigma de Estado, juntamente com o denominado constitucionalismo dirigente, muito se assemelha ao neoconstitucionalismo, em razão da identidade de propostas<sup>22</sup>. Esses movimentos originam-se a partir de um contexto pós-guerra e pós-autoritarismo, de profunda desconfiança nos detentores do poder<sup>23</sup>. Militaram pelo valor supremo da Constituição que, enquanto lei fundamental, merece o respeito por todos os poderes constituídos e da sociedade civil. Com isso, e em face do poder de guardião da Constituição, o Judiciário passa a ser a esperança da sociedade ante a sua incredulidade nos demais poderes Executivo e Legislativo<sup>24</sup>.

Não há um consenso doutrinário quanto à definição desse movimento. Galvão, ao analisar diversas definições doutrinárias, considera o neoconstitucionalismo como sendo:

Uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação<sup>25</sup>.

No Brasil, Roberto Barroso assinala que a própria Constituição cuida de diversas matérias que historicamente eram tratadas pela legislação infraconstitucional, o que levaria, segundo ele, a uma relação de subordinação entre aquela e esta<sup>26</sup>. Segundo Daniel Sarmento, essa característica é notória dos ordenamentos jurídicos europeus na gênese do neoconstitucionalismo, porque tal movimento insurgente elevaria o valor da Constituição similarmente ao que já ocorria no sistema norte-americano, com uma significativa diferença: as cartas constitucionais europeias não eram documentos sintéticos, mas axiológicos, dirigentes, ou seja, tratavam de quase todos os temas e ramos do direito, bem como da vida social<sup>27</sup>.

Outra característica decorrente é a constitucionalização do direito, que, segundo Barroso, eleva a Constituição a critério de interpretação e parâmetro de validade. Nisso, o papel do Judiciário é acentuado – e essa é outra característica. Ele

---

<sup>22</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 217.

<sup>23</sup> Ibidem. Pg. 214.

<sup>24</sup> Ibidem. Pg. 215.

<sup>25</sup> Ibidem. Pg. 59.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: RDA 240, 2005. Pg. 20.

<sup>27</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial*. Quaestio Iuris., v. 6, nº. 2, 2013, p. 122 e 123.

passa a exercer importante papel de concretização dos preceitos constitucionais, e, com isso, intervir nas políticas públicas nos papéis dos poderes, nos direitos fundamentais, enfim, no dia a dia dos cidadãos<sup>28</sup>.

Sarmento expõe as principais características do neoconstitucionalismo, assim sintetizadas:

“(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.<sup>29</sup>”

No entanto, o autor analisa três críticas elementares que são feitas a esse movimento. A primeira, e mais importante de todas, é a da dificuldade contramajoritária, ou o que ele denomina “judiciocracia”, que em síntese diz com a falta de legitimidade democrática dos juízes, por não terem sido eleitos ou responderem diretamente perante o povo<sup>30</sup>. O autor assevera que o problema gira em torno, não da questão da proteção aos direitos das minorias – que também faz parte do jogo democrático, porquanto não restrito apenas ao viés majoritário-, mas na dosagem em que essa limitação é feita, o que, diante da vagueza e amplitude das normas constitucionais, pode levar a um poder constituinte permanente, exercido pelos juízes, que moldam o sentido da Constituição de acordo com seus valores políticos e ideológicos.

Ademais, o autor também assevera a possibilidade de o Judiciário manifestar-se em favor das elites econômicas quando elas encontram dificuldades de implementar suas políticas nos poderes com legitimidade majoritária. Outro problema diz com a apatia cívica, quando os cidadãos deixam de procurar efetivação de seus direitos perante as demais instituições, bem como na omissão destas em também definir o sentido da Constituição. Sarmento pontua que esse movimento cria uma visão

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., pgs. 113-114.

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm: 2011, p.73.

<sup>30</sup> *Ibidem* . Pg. 85.

romântica dos juízes, que na realidade se encontram incapacitados, ora tecnicamente, ora materialmente, de concretizar todos os ditames da teoria jurídica argumentativa preconizada pelo neoconstitucionalismo. Com tudo isso em vista, conclui que a ascensão do Poder Judiciário promovida por esse movimento deve ser vista com ressalvas, e assevera:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito - como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.<sup>31</sup>

A segunda crítica diz com a nova metodologia da argumentação jurídica de valorização dos princípios. Primeiramente, Daniel Sarmento adverte que o neoconstitucionalismo traz consigo robustas teorias de aplicação das normas, marcadas pelo pós-positivismo. No entanto, o problema reside em dois pontos: a desvalorização das regras e a justificação ineficiente de aplicação dos princípios. No primeiro, anota que cada espécie normativa tem sua importância, e não se pode dirimir a aplicação das regras, fomentadoras da segurança jurídica e representativas do poder Legislativo, mas se deve encontrar a justa medida de aplicação delas e dos princípios. No segundo, adverte que os casos de aplicação dos princípios demandam do intérprete maior esforço argumentativo “no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso”<sup>32</sup>.

Por fim, a terceira crítica diz com a constitucionalização do direito. O autor expõe que, nesse ponto, o movimento constitucionalista em si não se adéqua ao caso brasileiro. Isso porque a constitucionalização do direito por ele preconizada trata da

---

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. Pg. 87.

<sup>32</sup> Ibidem. Pg. 89.

irradiação dos direitos e princípios fundamentais previstos na Carta Magna, e não nos casos em que ela é excessivamente analítica, quando em si trata dos mais diversos temas do direito. A crítica, portanto, encontra-se no caráter antidemocrático desse excesso, porquanto o legislador infraconstitucional se encontra inteiramente condicionado ao que diz a norma fundamental, mitigando “a autonomia política do povo para, em cada momento de sua história, realizar suas próprias escolhas”<sup>33</sup>.

A partir disso, Daniel Sarmento posiciona-se:

Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica,<sup>151</sup> sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo<sup>34</sup>.

De acordo com o que foi evidenciado, portanto, apreende-se que o neoconstitucionalismo tem por base um novo papel da Constituição, notadamente marcado por um contexto de pós-guerra e redemocratização, de limitação do poder. Juntamente a isso, há uma mudança na hermenêutica jurídica, em virtude das cláusulas abertas, dos princípios previstos nos textos constitucionais, que, ao fim e ao cabo, traduz-se na maior possibilidade de se modificar a sociedade por meio do Judiciário<sup>35</sup>.

### **2.3 Judicialização da política e ativismo judicial**

Um dos principais teóricos responsáveis pela demarcação do que seria a judicialização da política é Ran Hirschl. Ele expõe três processos inter-relacionados desse fenômeno mundial.

(I) disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processo de elaboração de políticas públicas, que representa o duplo aspecto dessa judicialização. Não obstante o Judiciário também se valha da argumentação política, outras esferas de poder passam a valer-se da argumentação jurídica em seus processos. Segundo ele, representa

---

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. Pg. 91.

<sup>34</sup> Ibidem. Pg. 92. Jorge Galvão vai denominá-lo, por esse posicionamento, um neoconstitucionalista com ressalvas (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Ob. Cit., pg. 117).

<sup>35</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Ob. Cit., pg. 60.

Uma resposta institucional inevitável aos complexos problemas de coordenação gerados pela necessidade sistêmica, em uma era de mercados econômicos convergentes, de se adotar normas jurídicas e regulamentações administrativas padronizadas entre os estados-membros desses mercados<sup>36</sup>.

(II) expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e de remarcação judicial dos limites entre órgãos do Estado<sup>37</sup>. Segundo ele, esse segundo aspecto está intrinsecamente ligado à afirmação pelos tribunais dos direitos e garantias fundamentais resguardados constitucionalmente, dentre eles, principalmente o devido processo legal. Dele decorrem duas importantes consequências: a problemática em torno da concretização dos direitos constitucionais pela via judicial, que esvaneceria a via política e demandaria uma forte estrutura jurídico-assistencial – de modo a abranger as mais diversas camadas sociais-; o controle judicial dos atos administrativos, que mais visa a garantir o devido processo legal, em detrimento de sua substância; o surgimento de tribunais e organismos internacionais, que são responsáveis por judicializar as questões globais.

(III) emprego de tribunais e juízes para lidar com a “megapolítica”: controvérsias políticas centrais que definem comunidades inteiras<sup>38</sup>. Aqui são judicializados diversos temas que atenuam os limites da atuação judicial. É nesse ponto que Hirschl encontra o cerne da problemática em torno do que se denomina a judicialização da política<sup>39</sup>:

Se, por um lado, não há problemas sérios em atribuir aos tribunais o papel de assegurar a justiça processual em eleições, a judicialização de dilemas fundamentais de justiça transicional e legitimidade de regimes e, especialmente, de problemas fundamentais de identidade coletiva e de processos de construção nacional é mais preocupante. Essas questões de megapolítica — que muitas vezes envolvem a própria definição da nação como tal — têm custos políticos muito altos e escassas diretrizes constitucionais aplicáveis à sua solução. Portanto, é difícil de entender como, ao responderem a essas questões, os juízes conseguiriam basear suas decisões em princípios ou considerações qualitativamente diferentes de princípios ou considerações típicas do processo legislativo ou dos referendos nacionais — e que podem ser mais bem definidos nesses fóruns<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 142.

<sup>37</sup> Ibidem. Pg. 143

<sup>38</sup> HIRSCHL, Ran. Ob. Cit., pg. 146.

<sup>39</sup> Para ele, nos casos I e II, há uma diferença qualitativa, entre questões processuais e morais. Contudo, entre o II e o III há um limbo interpretativo, no qual a definição de judicialização da política passa pela definição do que propriamente é político, independentemente da relevância da questão tratada.

<sup>40</sup> Ibidem. Pgs. 172 e 173.

Marcus Faro de Castro também expõe que esse fenômeno apresenta dois componentes, quais sejam:

(1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição de tribunais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (...); e (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes aos do processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações<sup>41</sup>.

Portanto, extrai-se que a judicialização da política pode ser aprioristicamente definida em dois aspectos: pela utilização por outros poderes do *modus operandi* judicial, e pela expansão da manifestação do Judiciário em temas cada vez mais espinhosos.

Por outro lado, muito se fala em ativismo judicial, mas ainda assim não se tem uma precisão técnica de seu significado. Destaca-se que o termo foi utilizado pela primeira vez pela doutrina norte americana, a fim de criticar o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>42</sup>. No entanto, seu significado não fora ali esgotado – pode-se dizer, inclusive, que foi apenas iniciado. Carlos Alexandre Campos promove uma definição multidimensional do termo em face do pejorativismo que o circunda, pois afirma que o ativismo judicial é manifestado de variadas formas<sup>43</sup>. Sucintamente, define ativismo judicial como

o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) manifesta-se por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias<sup>44</sup>.

Para o autor, essa conceituação multidimensional é mais acertada, visto que, por se tratar de um fenômeno multifacetado, é mais abrangente. Uma das dimensões, diz com a (I) interpretação elástica da Constituição, que os juízes, ao considerá-la um

---

<sup>41</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n.º 34. Pg. 148.

<sup>42</sup> Segundo CAMPOS, Schlesinger foi o responsável por cunhar esse termo ao fazer um perfil dos *Chiefs of Justice* da época. Ele propõe a definição de ativismo judicial como antônimo da autorrestrição judicial. Ou seja, uma corte é mais ativista quando se consideram legítimas em proferir decisões que, a princípio, pode/devem ser tomadas pelas instâncias políticas. Por outro lado, ela é menos ativista quando se consideram ilegítimas em se manifestar sobre elas, e, dessa forma, possuem maior deferência a essas instâncias.

<sup>43</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2012. Pg. 151.

<sup>44</sup> Ibidem. Pg. 152.

texto dinâmico, aplicam-na de acordo com as transformações sociais<sup>45</sup>. Da mesma forma, diz com a (II) criação dos juízes, ou seja, sua atuação legiferante, ao suprimir lacunas ou dar novos significados às leis<sup>46</sup>. Outra dimensão condiz com (III) a falta de deferência dos juízes aos demais poderes, ou seja, quando não conferem aos demais poderes a escolha sobre a legitimidade ou não de determinada lei ou ato político<sup>47</sup>. Há também a dimensão da (IV) afirmação e concretização dos direitos fundamentais pelos juízes ativistas, que traz ao emaranhado debate jurídico questões e valores morais<sup>48</sup>. Por derradeiro, a dimensão do (V) controle de políticas públicas, passa, não só pela anulação de leis, mas também no desenvolvimento dessas políticas<sup>49</sup>. Outra dimensão apresentada pelo autor diz com (VI) a autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios: aquele quando facilita o acesso à sua jurisdição, ampliando, por exemplo, o rol de legitimados, e este por meio da criação de “doutrinas que reforçam o alcance das ações e recursos constitucionais, assim como a força vinculante de suas decisões”<sup>50</sup>. Em decorrência da elasticidade interpretativa, a dimensão da (VII) superação de precedentes transfere essa mesma elasticidade aos precedentes firmados pelas cortes e juízes ativistas, com vistas a otimizar a aplicação da Constituição<sup>51</sup>. (VIII) O maximalismo é

---

<sup>45</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Ob. Cit., pg. 153. “As decisões da Corte Warren, das Cortes Constitucionais da Alemanha, da Colômbia, da Costa Rica e da África do Sul demonstram a construção ativista das normas constitucionais principalmente na formulação de direitos fundamentais implícitos”, bem como o STF segundo ele.

<sup>46</sup> Ibidem. Pg. 154. “As sentenças manipulativas, notadamente as sentenças aditivas, em especial as desenvolvidas pela Corte Constitucional da Itália, são exemplos conhecidos dessa dimensão judicial e, por meio das quais, as cortes promovem verdadeiras alterações legislativas”.

<sup>47</sup> Ibidem. Pg. 155 “Além dos casos paradigmáticos da Corte Constitucional da Colômbia e da Corte Constitucional da Costa Rica (...), e também do nosso Supremo Tribunal Federal (...), são verificados exemplos igualmente destacados em países como a Índia e Turquia”. Também conclui “o controle judicial da intervenção estatal na economia e no processo eleitoral, tal como praticados respectivamente pelas Cortes Lochner e Roberts, são exemplos muito criticados desse sentido de ativismo. Por outro lado, a formulação do *strict scrutiny*, por Stone na nota de rodapé nº 4 de *Carolene*, em favor dos direitos e liberdades individuais e dos direitos das minorias, é vista, de um modo geral, como uma doutrina legítima de ativismo judicial que se manifesta como critério de menos deferência *prima facie* aos atos dos outros poderes”

<sup>48</sup> Ibidem. Pgs. 156-158. “A Corte Warren foi o melhor exemplo dessa dimensão. No entanto, as decisões das Cortes Constitucionais da Alemanha, da Colômbia, da Costa Rica e da África do Sul são também exemplos que merecem esse destaque porque têm avançado sobre as sociedades e os governos locais valores de liberdade e igualdade ainda que ausente consensos morais e políticos sobre eles, reduzindo, dessa forma, espaços de escolha dos poderes políticos sobre esses temas”

<sup>49</sup> Ibidem. Pg. 158. “As decisões da Corte Warren sobre garantias dos acusados de crimes, principalmente *Miranda*, representam o melhor exemplo. Em relação aos direitos sociais em geral, a prática jurisprudencial das cortes colombiana, costa-riquenha e sul-africana são exemplos festejados dessa dimensão”.

<sup>50</sup> Ibidem. “A Suprema Corte da Índia pode ser citada como bom exemplo dessa dimensão (...). Não obstante, o mais importante exemplo é a própria decisão que estabeleceu o poder da *judicial review* – *Marbury*” (pg. 159)

<sup>51</sup> Ibidem. Pg.159. “Nos Estados Unidos, forte no princípio *stare decisis*, os críticos acusam a prática de superar precedentes como um exercício ilegítimo de ativismo judicial. Essa foi a crítica que conservadores lançaram contra a Corte Warren nos *Reapportionment Cases*, dentre outros; foi também a crítica que liberais fizeram na direção da Corte Rehnquist em sua cruzada conservadora dirigida a superar os precedentes liberais da Corte Warren e é, atualmente, a crítica contra a Corte Roberts, principalmente em razão da decisão *Citizens United*.”

outra dimensão desse ativismo, e é representado por “formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para justificar o resultado das decisões concretas”<sup>52</sup>. Talvez mais próximo ao conceito pejorativo de ativismo judicial, está a dimensão do (IX) partidarismo, no qual o juiz lança mão de suas preferências ideológicas, em detrimento da argumentação jurídica<sup>53</sup>. Por fim, há a (X) dimensão da soberania judicial, pela qual as “cortes tomam decisões judiciais tão expansivas e ambiciosas que excluem os poderes políticos do processo de construção dos significados constitucionais”<sup>54</sup>.

Segundo o autor, é o tipo de definição epistemologicamente mais correta, pois é capaz de levar em conta diversos fenômenos que o englobam para saber se tal ou qual decisão foi ativista ou restritiva. Essa maleabilidade<sup>55</sup> permite que se avalie uma decisão que, *a priori*, aparenta restritiva, mas dentro dessa definição, é ativista. Ou que uma mesma decisão possa ser considerada em parte ativista, em parte restritiva, ou que seja considerada por uns ativista e por outros restritiva.

Ambas as definições são genéricas, amplas, capazes de abarcar a fenomenologia que as circunda. Concernente à judicialização da política, percebe-se que há uma fronteira bem demarcada que separa da definição de ativismo judicial aqui exposta: trata-se do primeiro aspecto, qual seja, o de utilização frequente pelos outros poderes do *modus operandi* judicial – que representa o processo I da teoria de Hirschl. Todavia, no que concerne ao segundo aspecto em torno dela, qual seja, o de manifestação do Judiciário em temas cada vez mais espinhosos – que seriam os processos II e III-, não há como estabelecer essa diferenciação clara, e, por serem fenômenos bastante similares, acabam confundindo-se. Roberto Barroso, no entanto,

---

<sup>52</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Ob. Cit., pg. 160. “Exemplo trágico dessa dimensão foi a decisão da Corte Taney, a infame *Dred Scott* (...). De tão ampla a teorização da Corte acerca do *status* constitucional da escravidão, que foi necessária uma emenda constitucional para superá-la. Por outro lado, *Brown v. Board of Education* pode ser considerada uma decisão maximalista festejada (...).”

<sup>53</sup> Ibidem. Pgs. 160 e 161. “*Bush v. Gore* é o exemplo mais destacado de decisão em que uma maioria da Corte Rehnquist dirigiu o resultado em função de favorecer o candidato (Bush) do Partido do qual saíram suas nomeações (Republicano)”

<sup>54</sup> Ibidem. Pg. 161. “A crítica de Edwin Meese III à postura de supremacia judicial da Corte Warren em *Cooper v. Aaron*, e as acusações de Larry Kramer à Corte Rehnquist de se comportar como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre o que significa a Constituição, consistem em manifestações que dão base discursiva que pode explicar bem o conteúdo dessa dimensão de ativismo judicial”.

<sup>55</sup> Ibidem. Pg. 189. “(...) A abordagem multidimensional oferece a vantagem de se poder identificar que essas dimensões, embora conceitualmente opostas, podem ser coordenadas: o ativismo pode servir a propósitos de restrição judicial ou, ao contrário, desenvolvimentos restritivos podem servir a propósitos ativistas. É isso o que chamo aqui de ativismo de meio e de resultado (...)” Nesse sentido, ele cita o caso *Marbury* para expor que a afirmação do *judicial review* serviu de meio estratégico no contexto como deferência ao Executivo, razão por que o ativismo foi o *meio* e a autorrestrrição judicial foi o *resultado*.



afirma que ambos os conceitos são bastante próximos, mas não se confundem em sua origem:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance<sup>56</sup>.

Portanto, a judicialização da política decorre do paradigma constitucional em que se encontra. É vista como um fato, diferentemente do ativismo judicial, que é visto como uma escolha diante desse fato. Dessa forma, essa judicialização pode ser afigurada juntamente com a deferência ou autorrestrição do Judiciário, que, com isso, não estará sendo ativista.

## 2.4 Possíveis causas da judicialização da política

Conforme visto, o segundo aspecto (II e III) da judicialização da política é mais emblemático, e alvo de maiores críticas. Trata-se de um fenômeno mundial, conforme constata Hirschl, ao fazer uma análise de diversos temas que foram judicializados mundo afora. Um deles é a judicialização do processo eleitoral, por meio de banimento de partidos<sup>57</sup>, de processos de impeachment e desqualificação, da proibição<sup>58</sup> ou permissão<sup>59</sup> de reeleições, da manifestação última sobre resultados eleitorais<sup>60</sup>, entre outros - com isso constata-se que o caso *Bush v. Gore* não foi isolado<sup>61</sup>. Outro diz com a manifestação do Judiciário sobre as prerrogativas centrais do Legislativo e do Executivo no que concerne às relações exteriores, segurança nacional e política fiscal<sup>62</sup>. Contudo, a principal, e mais problemática intervenção judicial na

---

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009, p. 78.

<sup>57</sup> HIRSCHL, Ran. Ob. Cit. Pg. 149. Como na Bélgica, em Israel, na Índia, na Espanha e na Turquia ().

<sup>58</sup> Ibidem. Pg. 151. Como na Rússia.

<sup>59</sup> Ibidem. Pg. 149. Como na Colômbia.

<sup>60</sup> Ibidem. Como no Zimbábue, em Taiwan, na Ucrânia e na Itália.

<sup>61</sup> Ibidem. Pgs. 150 e 151.

<sup>62</sup> Ibidem. A Suprema Corte canadense, por exemplo, já firmou jurisprudência que a permite manifestar sobre disputas políticas ou de política exterior. O mesmo se observa na Corte Constitucional russa ao decidir sobre a invasão militar russa na Chechênia, e também da Suprema Corte israelense quando manifestou a constitucionalidade da barreira da Cisjordânia. Sobre as questões fiscais, a Corte húngara já anulou regras integrantes de um pomposo Pacote Econômico de Austeridade do seu governo, da mesma forma que a Suprema Corte argentina quando se manifestou pela constitucionalidade do plano do governo que converteu a economia argentina em pesos.

política, na visão do autor, é quando as Cortes se manifestam sobre a própria definição de comunidade, de nação<sup>63</sup>.

Ran Hirschl anota que esse processo não se dá de forma isolada, mas representa as tensões sociais, políticas e econômicas subjacentes. Dentre elas, a judicialização “de baixo para cima<sup>64</sup>” se dá quando, entre outros motivos, os órgãos judiciais são percebidos como mais respeitáveis que as demais instituições, ou quando elas forem disfuncionais ou paralisadas, bem como nos casos em que o poder é fragmentalizado entre os órgãos políticos. Outro ponto diz com a matriz política subjacente, por meio da delegação de questões políticas controversas para os tribunais, verdadeiro redirecionamento da culpa pelos agentes políticos que buscam evitar o escrutínio social, dilemas difíceis ou colapso de coalizões; e também por meio da atuação da oposição pelo Judiciário. Também há os casos em que os grupos sociopolíticos dominantes recorrem aos tribunais com vistas a manterem sua hegemonia, nos casos em que suas preferências são questionadas nas instituições majoritárias. Ademais, as decisões sobre questões denominadas por ele megapolíticas, são, na maior parte das vezes, resultantes da deferência dos demais poderes. Nesse quadro, intervenções indevidas das cortes são politicamente retaliadas pelas instituições majoritárias.

Essas causas, em certa medida, também são vislumbradas por Neal Tate ao analisar os fatores que condicionam a judicialização da política, que, segundo ele, são: a democracia<sup>65</sup>, a separação de poderes<sup>66</sup>, os direitos políticos<sup>67</sup>, o uso dos tribunais pelos

---

<sup>63</sup> HIRSCHL, Ran. Ob. Cit., pgs. 156-158. Isso se deu, por exemplo, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão asseverou a importância da competência legislativa interna em relação à União Europeia. Também é o caso da Suprema Corte egípcia ao criar uma jurisprudência em torno da Shari’a, que é a norma fundamental do país, para analisar a compatibilidade entre a legislação e ela. Ou mesmo da Suprema Corte de Israel, que ao longo dos anos teve a espinhosa função de firmar jurisprudência sobre a definição de “quem é judeu”.

<sup>64</sup> Ibidem. Pg. 164. Esse termo refere-se ao aspecto II da judicialização invocado por ele, no que concerne às estruturas sociais que permitem a mobilização jurídica a fim de se concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

<sup>65</sup> TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power? In The Global Expansion of Judicial Power*. New York : New York University, 1995. Pgs. 28-29. “it seems very unlikely that one will encounter the judicialization of politics outside democratic polities. It is hard to imagine a dictator, regardless of his or her uniform ideological stripe, inviting or allowing even nominally independent judges to increase their participation in the making of major policies, or tolerating decision-making process that place adherence to legalistic procedural rules and rights above the rapid achievement of desired substantive outcomes”

<sup>66</sup> Ibidem. Pg. 29. “Leaving aside the difficulty to distinguishing practicing judges and attorneys as well as by sociolegal scholars, coequal status and personal and institutional autonomy for judges hardly require then to substitute their own policy judgement for that of others, or even to put their own policy judgments into place when others have failed ‘adequately’ to address a policy issue. A separation-of-powers system may thus

grupos de interesse<sup>68</sup> e pela oposição<sup>69</sup>, a inefetividade das instituições majoritárias<sup>70</sup>, a percepção que se das instituições que elaboram as políticas<sup>71</sup> e a delegação (intencional) pelas instituições majoritárias<sup>72</sup>.

Não obstante esse pano de fundo traçado, há também que se considerar todo o contexto de surgimento do neoconstitucionalismo já exposto, porque suas características estão em ampla medida relacionadas com a judicialização da política. Dessa forma, o pano de fundo no qual se desenvolveu aquele fenômeno é o mesmo em que este se desenvolve. Ou seja, há que se considerar o fato de a Constituição hoje ser vista como a norma fundamental da sociedade dotada de poder vinculante, e também a construção teórica em torno da função confiada ao Judiciário de ser seu guardião. Nisso, é nítido o poder político que passa a ser exercido por este poder, conforme já elucidado, que, conseqüentemente, leva à profusão de decisões oriundas dessa judicialização da política.

## **2.5 Algumas críticas à judicialização da política e ao ativismo judicial**

Roberto Barroso elenca algumas críticas que são feitas a esses modelos de intervenção judicial, que em grande medida se assemelham às já expostas por Daniel Sarmento no capítulo sobre o neoconstitucionalismo. A primeira, já ventilada, diz com a legitimidade democrática dos juízes, ao que ele rebate com uma justificativa de ordem normativa e outra de ordem filosófica: aquela de acordo com a delegação constitucional

---

facilitate a judicialization politics that occurs for other reasons, but it does not appear to be a necessary, much less a sufficient, condition for judicialization”

<sup>67</sup> TATE, C. Neal. Ob. Cit., pgs. 29-30 “Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy significance of those – the judges- whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities”

<sup>68</sup> Ibidem. Pg. 30. “As groups increasingly discover the potential utility of the courts in the achievement of their objectives, they may be able to expand the understanding of ‘rights’ to include interests that may appear to some to be only remotely connected to any constitutional foundation in a formal bill of rights”.

<sup>69</sup> Ibidem. Pg. 30. “In France the primary constitutional ‘court’, the Constitutional Council, has increasingly been the instrument of the judicialization of politics (1) as the parliamentary opposition has used it effectively to oppose major government initiatives that it could not defeat through ordinary majoritarian processes, and (2) as the government has prospectively modified legislation to avoid negative scrutiny by the council.”

<sup>70</sup> Ibidem. Pg. 31. “When executives are unable to govern through disciplined parties with effective legislative majorities, they will find it difficult to develop effective policies with the political and public support that can sustain them through opposition challenges directed to the judiciary”

<sup>71</sup> Ibidem. 31. “when the public and the leaders of interest groups and major economic and social institutions view the majoritarian institutions as immobilized, self-serving, or even corrupt, it is hardly surprising that they would accord the policy-making of judiciaries, who have reputations for expertise and rectitude, as much or more legitimacy as that executives and legislatures”

<sup>72</sup> Ibidem. Pg. 32. “At times the reason appears to be that the political costs of dealing seriously with the issue are too great to risk, that the issue is a no-win proposition for elected decision makers”. Dentre eles, a democracia e a separação de poderes são menos relevantes.

ao Judiciário no exercício desse poder, e esta em razão de ele ser o mediador entre a vontade da maioria e os direitos das minorias<sup>73</sup>. No entanto, ressalva, que não se pode suprimir as decisões proferidas pelo parlamento, e nisso os juízes/cortes devem ser deferentes.

A segunda crítica representa o risco de politização da Justiça. Nesse ponto, Barroso afirma que há uma linha tênue entre direito e política. Para tanto, assevera que o direito é política na medida em que “(i) a sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política (...); (iii) a subjetividade dos juízes há de interferir com os juízos de valor que formulam.”<sup>74</sup>. Por outro lado, ressalva que “o direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas<sup>75</sup>”. Todavia, a fim de que “não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos”<sup>76</sup>, Barroso novamente assevera que o Judiciário:

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível<sup>77</sup>.

A terceira e última crítica por ele analisada diz com a (in)capacidade institucional do Judiciário. *A priori*, ressalta que, não obstante todos os poderes terem a legitimidade de interpretar a Constituição, incumbe ao Judiciário dar a palavra final<sup>78</sup>. No entanto, essa competência deve ser exercida com cautela. Nos casos de maior envergadura técnica ou científica podem não ser melhor avaliadas pelos juízes, leigos<sup>79</sup>. Nessa esteira, também afiguram os casos em que há risco de efeitos sistêmicos

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. Cit., pgs. 82-83. Trata-se do papel da Constituição em garantir o constitucionalismo, que “significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais” e a democracia, enquanto soberania popular, governo do povo, os quais, segundo ele, são delegados ao Judiciário que é seu guardião.

<sup>74</sup> Ibidem. Pg. 84.

<sup>75</sup> Ibidem. Pg. 85. Afirma que as decisões judiciais, mesmo nos casos em que mais de uma é possível, sempre decorre de uma argumentação racional e persuasiva, e não de discricionariedade irrestrita.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Ibidem. Pg. 86. Assevera, no entanto, que o juiz não deve ser populista, e que deve ser contramajoritário quando tiver que resguardar os direitos das minorias.

<sup>78</sup> No entanto, como será visto, esse entendimento não é muito bem acertado, visto que a “palavra final” dada pelo Judiciário, na sistemática dos poderes, pode ser, e muitas vezes é, mitigada.

<sup>79</sup> Ibidem. Pg. 87. “Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa”.

imprevisíveis e indesejados, porquanto o juiz “não dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um seguimento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”<sup>80</sup>. Dessa forma, conclui que, “em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”<sup>81</sup>.

O ativismo, por sua vez, conforme elucidado, é visto como uma das formas pela qual as cortes/juízes se manifestam. Essa forma de atuação não implica necessariamente em ilegitimidade, em virtude, ademais, da forma como a definição do termo foi aqui exposto. Isto posto, Campos expõe três formas com que o ativismo pode ser visto em relação à sua legitimidade. Na primeira, o ativismo judicial é sempre visto como ilegítimo, ora porque usurpador dos demais poderes, ora porque representante das preferências do próprio julgador<sup>82</sup>. Na segunda, a “decisão judicial ativista é uma espécie do gênero decisão judicial legítima”<sup>83</sup>. Nela, uma decisão ativista é legítima, porque uma decisão judicial que se baseia exclusivamente nas preferências políticas do julgador não chega a ser ativista, mas sim, ilegítima, ilícita. Por fim, a terceira visão, que é cunhada por Campos, é contingencial, e baseia-se na impropriedade apriorística de se identificar o ativismo judicial como legítimo ou ilegítimo. Isso porque “dependerá, em cada caso concreto, de conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros que são impostos pela respectiva constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes”<sup>84</sup>. Para ele, as decisões judiciais não podem ser sempre deferentes ou sempre ativistas, e que, por isso, ora pode ser deferente, e por isso ser ilegítima, e ora pode ser ativista, e por isso ser legítima, e vice-versa.

Com tudo isso em vista, portanto, verifica-se que a judicialização da política e o ativismo judicial estão presentes nos mais diversos sistemas político-jurídicos pelo mundo. Trata-se de uma realidade que ascendeu recentemente, e é vislumbrada a partir dos mais variados contextos sócio-políticos. A supremacia da Constituição e sua guarda conferida às cortes constitucionais, são características desses sistemas que, a depender

---

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., pg. 88. O caso ilustrado por ele diz com a judicialização da saúde, em que os juízes proferem decisões carregados de emoção olvidando que, nisso, podem pôr em risco a continuidade desse serviço público.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., 145.

<sup>83</sup> Ibidem. Pg. 146.

<sup>84</sup> Ibidem.

das circunstâncias - dentre elas a sórdida percepção que a sociedade tem das instituições majoritárias, sua inefetividade, ou mesmo a delegação de questões políticas espinhosas feita por elas à via judicial-, podem conferir um Judiciário mais, ou menos, superlativo, e, conseqüentemente, um maior, ou menor, ativismo judicial. Todavia, as críticas a esse fenômeno não devem ser tomadas aprioristicamente em conferir a ele traços de ilegitimidade ou legitimidade irrestrita. Isso deve ser averiguado casuisticamente, a depender do contexto em que uma decisão, seja ela ativista ou deferente, sobre questões políticas esteja inserida.

## Capítulo III

### O DEBATE NO BRASIL

#### 3.1 O panorama brasileiro

Até aqui, foi possível analisar alguns fatores responsáveis pela proeminência do Poder Judiciário, mundialmente verificada. Todos eles, em certa medida, aplicam-se ao contexto brasileiro. O princípio da separação de poderes é cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, previsto em seu art. 2º, e, enquanto sistema de freios e contrapesos, há previsões de controle recíproco entre eles<sup>85</sup>. Ademais, o sistema jurídico brasileiro também não concebe a teoria montesquieuniana em seus moldes originais. Isso porque ele está inserido no contexto histórico que permitiu a ascensão do poder Judiciário, principalmente pelo neoconstitucionalismo.

De acordo com Daniel Sarmento, no Brasil esse movimento encontra guarida apenas na CF de 88, que carrega em si todas as suas características<sup>86</sup>. Primeiramente, porque resultado do processo de redemocratização do Estado brasileiro após a intervenção militar de 1964 – o que, inclusive, é um dos fatores históricos de surgimento desse movimento. Por sua vez, a doutrina brasileira, gradualmente, de início pautada na efetivação dos preceitos constitucionais, então vista como norma e não como mero simbolismo, foi-se adequando às teorias jurídicas pós-positivista, que alinham o debate jurídico com o moral<sup>87</sup>. De forma similar, a jurisprudência, mormente a do Supremo Tribunal Federal, paulatinamente perfilhou essas teorias para manifestar-se diante das pressões por concretização do que estava previsto na carta magna<sup>88</sup>. Com

---

<sup>85</sup> Dentre aqueles que versam sobre o controle do Executivo sobre o Legislativo, pode-se citar os arts. 66, §1º e 84, V, e o art. 84 incisos III, IV e XV. Como forma de controle do Executivo sobre o Judiciário, estão o arts. 103, §4º e 84, XII. Os arts. 102 e 103 são paradigmas para o controle de constitucionalidade das leis, principal controle exercido pelo Judiciário em relação ao Legislativo e Executivo. Em relação ao controle do Legislativo sobre o executivo, elenca-se o art. 49, que representa o paradigma de uma das principais funções do Congresso: o controle externo. Ademais, o Legislativo também exerce controle sobre o Judiciário quando exerce o processo legislativo que são de seu interesse, nos termos do art. 48, e também, como será defendido posteriormente, quando exerce a reforma de decisões do Judiciário, por não estar vinculado a elas.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Ob. Cit. Pg. 79.

<sup>87</sup> Ibidem. Pgs. 80 e 81.

<sup>88</sup> Ibidem. Pg. 82.

isso, o Judiciário brasileiro passou a exercer importante papel político, e dessa forma, faz-se possível afirmar que o neoconstitucionalismo está em vigor no Brasil<sup>89</sup>.

Por derradeiro, além dessa sistemática, também está presente no Brasil o amplo debate em torno da judicialização da política e do ativismo judicial. Ernani Carvalho traça um paralelo entre os indicativos da teoria de Tate aqui exposta e o contexto brasileiro. De plano, os pressupostos de existência, ou seja, a democracia e a separação dos poderes, e também em certa medida, a existência de direitos políticos (fundamentais) figuram-se na realidade brasileira. O uso dos tribunais pelos grupos de interesse, por sua vez, é verificado pelo autor ao analisar que existe significativa parcela de Ações Diretas de Inconstitucionalidade impetradas por confederações sindicais ou entidades de classe<sup>90</sup>. Também analisa os dados quanto ao uso dos tribunais pela oposição, e verifica número expressivo<sup>91</sup> capaz de concluir que esse aspecto também se faz presente no contexto brasileiro. No que tange à forma como são percebidas as instituições majoritárias, Sarmento afirma que a população é descrente, em especial com o Legislativo. Segundo ele, no Brasil, vigora a imagem de que os órgãos políticos são corruptos, e “se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores”<sup>92</sup>.

Barroso, por sua vez, indica três causas para essa judicialização no Brasil. A primeira, foi a redemocratização do país marcada pela CF de 88, e nisso, houve a

---

<sup>89</sup> Conforme expõe Jorge Galvão (Ob. Cit. Pgs. 54-55), há, inclusive, o reconhecimento de alguns Ministros do STF no que tange a esse movimento, dentre eles, os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, além da relevante contribuição acadêmica, aqui exposta, do Ministro Barroso.

<sup>90</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, n. 23, Curitiba, nov. 2004. Pg. 118. “Tomando como base analítica as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs), podemos constatar que, das 2 813 ADINs impetradas até 26.jun.2003 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004), um total de 740 (ou 26,31%) foram requeridas por confederações sindicais ou entidades de classe”. BARROSO (202) (Controle de constitucionalidade) apresenta números atualizados dessa realidade: “Os partidos políticos respondem por 20,55% do total de ações diretas de inconstitucionalidade, propostas desde a promulgação da Constituição de 1988 até o momento, atrás apenas dos Governadores de Estado (26,86%) e das Confederações Sindicais e Entidades de Classe (25,80%). Em 2002 foram propostas 27 ADINs por partidos políticos, sendo 15 delas por 4 agremiações (PSL — 9; PPS — 3; PSB — 2; PSDC — 1), que, somadas, obtiveram cerca de 5% do total de votos das eleições de 1998. Os números de 2001 são ainda mais expressivos: do total de 79 ações deflagradas por esses legitimados, 49 o foram por 5 partidos (PSL — 38; PC do B — 5; PST — 2; PSDC — 2; PHS — 2), cujas votações somadas representam cerca de 2% do total nacional. Os números foram obtidos no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (<http://www.stf.gov.br>) e no Tribunal Superior Eleitoral (<http://www.tst.gov.br>)”.

<sup>91</sup> Ibidem. Pgs. 119-121. “Seguindo o mesmo raciocínio do item anterior, verificamos que os partidos políticos ocupam a terceira colocação no rol de impetrantes de ADINs, correspondendo a 590 (ou 20,97%) do total (...). Contudo, os dados do STF não indicam quais os partidos que foram os autores das ADINs. Mas, os trabalhos de Werneck Vianna (1999) e Carvalho (2000) demonstram, com clareza, que a maioria das ações foram propostas por partidos de oposição. De 1988 até 1998, tivemos 74% das ADINs impetradas oriundas de partidos de oposição”

<sup>92</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Ob. Cit. Pg. 84.



rotatividade dos ministros indicados pela ditadura, por ministros democráticos, além de conferir maiores poderes ao STF, ao Ministério Público e à Defensoria Pública<sup>93</sup>. A segunda, por sua vez, diz com a constitucionalização abrangente, representada principalmente pelo caráter analítico da CF<sup>94</sup>. A terceira, e última, diz com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que, em sua envergadura, admite o controle difuso, importado do sistema norte-americano, e o concentrado, do europeu, tendo este um amplo rol de legitimados.

Como se vê, o Brasil está inserido em larga medida em todos esses processos mundiais, e tem como protagonista o Supremo Tribunal Federal, que, ademais, é sempre alvo das críticas que são feitas àqueles. Ao atuar como última instância e como guardião da Constituição brasileira, é responsável por firmar os principais precedentes jurisprudenciais, e guiar a atividade judicial, sendo capaz de ditar as regras de interpretação e de aplicação do direito. Por isso, se hoje perduram os debates sobre neoconstitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial, é porque o Supremo tem se posicionado favoravelmente a eles. Decerto é que, se não fosse por isso, não obstante todos os fatores políticos e sociais subjacentes, não haveria no Brasil um Judiciário superlativo como de fato existe. Para tanto, serão analisados o arcabouço institucional que permite essa atuação proativa e decisões do próprio Supremo que indicam seu ativismo, bem como suas dimensões.

### **3.2 A ampliação das competências institucionais do Supremo pós-88**

Em que pese a judicialização da política e o ativismo judicial estarem em larga medida relacionados ao rol de competências institucionais previstas ao STF, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade, há que se fazer uma breve exposição acerca deste instituto no direito brasileiro no paradigma pós-88.

O poder constituinte originário previu a competência de guardião da Constituição (art. 102, *caput*), com a competência originária de julgar, no controle de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (1202, §2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, §1º), além de outras ações/remédios

---

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Ob. Cit. Pg. 74.

<sup>94</sup> Ibidem. Segundo ele “Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”.

constitucionais, como a reclamação, mandado de injunção (MI), o *habeas corpus* e *habeas data*. A principal modificação em toda essa sistemática foi a expansão do rol de legitimados a propor a ADI, que antes era relegado apenas ao Procurador-Geral da República (PGR), subordinado ao Presidente.

Não obstante a generosidade do constituinte originário, o derivado reformador ou mesmo o legislador ordinário, também foram responsáveis por alargar a competência do pretório excelso, cronologicamente, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 03/93, das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, e, por fim, com a EC nº 45/04. A EC nº 03/93 foi responsável pela introdução da ação declaratória de constitucionalidade, atribuindo ao Presidente, às Mesas do Senado e da Câmara e ao PGR a legitimidade para sua propositura (art. 103, §4º), bem como, previu expressamente a eficácia das decisões tomadas em sua sede – não havia essa previsão para os demais controles.

O legislador ordinário, por sua vez, ao regular o disposto constitucional sobre a ADI e a ADC, editou a Lei nº 9.868/99, que trata sobre ambos. Antes, a jurisprudência do STF não considerava o efeito vinculante às ADIs, mas, em virtude do art. 28, parágrafo único dessa lei, passou a considera-lo<sup>95</sup>. O art. 27 desse diploma também ampliou os poderes do STF ao prevê a possibilidade de modulação de efeitos. Por fim, também há que citar a introdução da figura do *amicus curiae* (art. 7, §2º) e das audiências públicas sobre as matérias a serem julgadas (art. 9, §1º), com vistas a conferir mais legitimidade às discussões ali decididas. O legislador infraconstitucional também editou a Lei nº 9.882/99 tratou da ADPF<sup>96</sup> trouxe a possibilidade de questionamento

---

<sup>95</sup> BARROSO (in: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. Pgs. 243-244) expõe que a posição inicial do STF era de não conferir efeitos vinculantes às decisões proferidas em ADI (STF, Pleno, ADI 864-RS, rel. Min. Moreira Alves, DJ 17.09.1993), depois da previsão da ADC, passou, excepcionalmente, a estender os efeitos previstos para esta à ADI (STF, Pleno, ADI-QO 1.244-RS, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28.05.1999). Em virtude dessa celeuma jurisprudencial, foi questionada a constitucionalidade desse art. 28, parágrafo único, no que se manifestou o Supremo por sua constitucionalidade: “[O] Tribunal, por maioria, decidiu que todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade sejam considerados como parte legítima para a propositura de reclamação, e declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99. Considerou-se que a ADC consubstancia uma ADI com sinal trocado e, tendo ambas caráter dúplice, seus efeitos são semelhantes. Vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que declaravam a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por ofensa ao princípio da separação de Poderes” (Inf. STF, 289, nov. 2002, QO no AgRg na Rcl 1.880-SP, rel. Min. Mauricio Corrêa).

<sup>96</sup> Como bem acentua BARROSO (Ibidem. pg. 322), o STF não considerava essa medida autoaplicável, razão por que ela só passou a ser utilizada com essa lei (STF, AgRg na PET 1.140, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.05.1996)

de leis ou atos normativos pré-constitucionais (art. 1, parágrafo único, I)<sup>97</sup>, além de conferir a mesma amplitude de legitimados da ADI (art. 2, I) e efeitos *erga omnes* e vinculante (art. 10, §3º), bem como também possibilitou a modulação de efeitos.

Todavia, a EC nº 45 de 2004, mais conhecida como “reforma do judiciário”, foi um dos paradigmas mais importantes, responsável por essa ampliação de poderes do STF. Primeiramente, igualou os legitimados para propor a ADI à ADC (art. 103, *caput*) e concretizou a eficácia vinculante das decisões em ADI (art. 102, §2º). Todavia, a contribuição mais importante diz com a criação dos institutos da “súmula vinculante” (art. 103-A) e da “repercussão geral” (art. 102, §3º).

A súmula vinculante, segundo Roberto Barroso, se justifica na medida em que visa a diminuir a quantidade de demandas idênticas levadas ao judiciário, e da coordenação de entendimentos jurisprudenciais diversos “com base em parâmetros que propiciem a isonomia e coerência”<sup>98</sup>, em virtude da valorização dos precedentes judiciais que vem ocorrendo no Brasil, diante da existência de conceitos jurídicos indeterminados e princípios, os quais conferem ao intérprete efetivo poder de criação do direito<sup>99</sup>. Não diferentemente são as razões que justificam a repercussão geral, que visa a filtrar as causas que serão decididas pelo STF a temas de maior envergadura, com o fito de também diminuir a quantidade de processos julgados por essa corte e de estabelecer “a produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões do próprio papel [por ela] desempenhado”<sup>100</sup> – e com isso, também coordena os diversos entendimentos jurisprudenciais firmados.

Com tudo isso em vista, assevera Campos:

“(…) ao contrário do que ocorreu antes da Constituição de 1988, as ações político-normativas originária e derivadas de nosso legislador constituinte, assim como as provenientes do legislador ordinário, promoveram uma significativa expansão do acesso ao Supremo, da força de suas decisões e de seus instrumentos de controle de constitucionalidade. Sem qualquer sombra de dúvida, trata-se dos momentos constitucionais e infraconstitucionais de

---

<sup>97</sup> Superou, inclusive, o entendimento anterior que tinha o STF de não se manifestar em matérias de ordem pré-constitucional (STF, ADI 74-DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.09.1992).

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. Pg. 107

<sup>99</sup> Ibidem. Pgs. 106 e 107.

<sup>100</sup> Ibidem. Pg. 139.

mais oportunidades formais para a judicialização da política e do ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal”<sup>101</sup>.

### 3.3 Judicialização da política e ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

Como bem observa Carlos Alexandre Campos, a postura inicial imediatamente após a CF de 88 foi de passivismo, notadamente por restringir os efeitos das decisões proferidas em sede de MI os legitimados ativos para a propositura da ADI<sup>102</sup>. Também pela deferência no que concerne à atuação do poder Executivo, principalmente no que tange aos planos econômicos<sup>103</sup> e à profusão de medidas provisórias<sup>104</sup>. Por fim, na interpretação de alguns direitos constitucionais<sup>105</sup>.

Ele busca explicar que essa posição deferente era causa de todo o processo de redemocratização pelo qual passou o Brasil. Isso porque o Governo Militar foi, paradoxalmente, o agente político que levou esse processo à frente - e o fez da maneira que melhor lhe convinha<sup>106</sup>. A postura anterior do Supremo, durante a ditadura, era sobremaneira de subserviência a um Executivo hipertrofiado, exercendo papel meramente negativo, e isso perdurou após o advento da Constituição cidadã. Ademais, o Supremo ainda era marcado por um “continuísmo orgânico”<sup>107</sup>, pois ainda na década de noventa perduravam entre nove e quatro ministros indicados pelo regime ditatorial. Alia-se a isso a fase de adaptação ao novo quadro institucional, agora democratizado, que marcava a época, dando continuidade à postura que lhe era requerida de passividade diante de uma lenta e gradual transição ditada pelo Executivo.

---

<sup>101</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pg. 223.

<sup>102</sup> Ibidem. Pgs. 225-226. Assevera, no que tange à legitimidade dos que propõem a ADI, que houve restrições de ordem objetiva, qual seja, o requisito de pertinência temática, que é demonstrado pela limitação de atuação daqueles previstos no art. 103 da CF somente contra normas que possam repercutir sobre seus interesses institucionais e políticos; e de ordem subjetiva, qual seja, a interpretação restritiva do que se entende por confederações ou entidades de classe, bem como na rigorosa exigência de observação de seu caráter nacional.

<sup>103</sup> Ibidem. Pg. 226. Anota o caso do Plano Collor, que foi contestado principalmente na medida de confisco das poupanças – de constitucionalidade duvidosa-, o que acabou não sendo julgado pela protelação do Supremo.

<sup>104</sup> Ibidem. Pg. 227. Quanto a isso, era deferente no que concerne à análise da relevância e urgência, que só intervia nos casos de “excesso do poder de legislar”(STF. Pleno, ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 14.12.1989), bem como quanto à “reedição indefinida das medidas provisórias caso não fossem rejeitadas expressamente pelo Congresso Nacional (STF. Pleno, ADI 295/DF, Rel. p/ ac Min. Marco Aurélio, DJ 22.06.1990)” (ibidem).

<sup>105</sup> Ibidem. Pgs. 227 e 228. Dentre outras, expõe a decisão pela não-aplicabilidade do art. 192, §3º que dispunha sobre o limite de juros reais de 12% ao ano (STF. Pleno, ADI 4/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ de 25.06.1993), da que assentava restrições legais à concessão de liminares contra o Poder Público (STF. Pleno, ADI 223/DF, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29.06.1990) e da que negou a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica ao caso do depositário infiel (STF. Pleno, HC 72.131, Rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, DJ de 01.08.2003).

<sup>106</sup> Ibidem. Pgs. 228-230.

<sup>107</sup> Ibidem. Pg. 229.

Não obstante, em algum momento na virada do milênio, a Corte passou a adotar uma postura ativista, revendo jurisprudência e interferindo na vida política de um modo geral. Nota disso foi a mudança de seu entendimento no que concerne às restrições aos legitimados a propor ADI<sup>108</sup>, à análise de relevância e urgência das medidas provisórias<sup>109</sup>, ao controle de constitucionalidade do orçamento<sup>110</sup> e às restrições aos efeitos do MI. Também passou a interferir sobremaneira em diversos aspectos da vida política, social e econômica brasileira, notadamente, nos processos políticos eleitorais<sup>111</sup>, nas questões morais relativas a direitos<sup>112</sup>, nos direitos fundamentais, principalmente sobre as questões e direitos sociais<sup>113</sup> e liberdades fundamentais<sup>114</sup> e nas estruturas administrativas e organizacionais do Estado<sup>115</sup>.

---

<sup>108</sup> STF. Pleno, AgRg em ADI 3.153/DF, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 09.09.2005

<sup>109</sup> STF. Pleno, ADI 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.06.1998.

<sup>110</sup> STF. Pleno, ADI-MC 4.048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22.08.2008

<sup>111</sup> Em 2004 proferiu decisão que restringiu a autonomia dos municípios de fixarem o número de vereadores dentro dos limites estabelecidos pelo art. 29, IV da CF (STF. Pleno, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07.05.2004). Posteriormente, decidiu pela imposição da verticalização das coligações político-partidárias para o ano de 2006, e nisso declarou a inconstitucionalidade da EC nº 56/06 (STF. Pleno, ADI 3.685/DF, Rel. a Min. Ellen Gracie, DJ de 10.08.2006.). Também decidiu pela inconstitucionalidade de cláusulas de barreira para os partidos políticos por considerá-las excessivas e desproporcionais e pela destinação do cargo vago de parlamentares nos caso de infidelidade, que no caso decidiu que o mandato pertenceria ao partido, e não ao parlamentar, e de vacância, renúncia ou licença de candidato eleito, decidindo que a vaga seria da coligação e não do partido. Há as simbólicas decisões da corte no caso da “Lei da ficha limpa”, primeiramente ao afirmar a aplicação do princípio da anterioridade eleitoral a fim de não aplicar a r. lei nas eleições de 2010 (STF – Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.03.2011.) e em atestar a constitucionalidade dessa lei (STF – Pleno, ADCs 29 e 30, e ADI 4578, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/02/2010.). Por fim, há a recente decisão que declarou inconstitucional as doações feitas por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais e partidos políticos (STF. Plenário. ADI 4Gso/DF, Rei. Min. Luiz Fux, julgado em 16e17/9/2015.).

<sup>112</sup> Notadamente pela declaração de constitucionalidade da “Lei de Biossegurança” (STF – Pleno, ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 29.05.2008) -não obstante, CAMPOS (Op. Cit. Pg. 235) assevera que esse episódio demonstrou um certo apego pela posição do Supremo, pois a lei obtivera expressiva aprovação tanto do Congresso quanto da população, e isso, para ele, demonstra que “nossa dinâmica social tem creditado ao Supremo um valor de legitimação dos atos dos outros poderes, máxime do Legislativo, no exato sentido defendido por Charles Black Jr. em obra clássica sobre a Suprema Corte norte-americana: as decisões da Corte teriam a função de prover um ‘alto sentimento público de que o governo obedeceu à Constituição’”, pela equiparação da união homoafetiva à heteroafetiva, pela descriminalização do aborto de fetos anencéfalos e mais recentemente, pela possibilidade de os transgêneros alterarem seu prenome, mesmo sem cirurgia de transgenitalização ou autorização judicial. Esses julgamentos são em grande medida marcados pela aplicação de princípios, particularmente o da dignidade da pessoa humana.

<sup>113</sup> Principalmente pela judicialização das políticas públicas. Outro ponto diz com as decisões que declararam constitucionais as cotas para universidades públicas (STF. Pleno. ADPF 186/DF, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25 e 26/4/2012 e STF. Plenário. RE 597285/RS, Rei. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9/5/2012.)

<sup>114</sup> Por exemplo, ao estabelecer maiores balizas às restrições à inviolabilidade de domicílio, a conferir primazia à liberdade de expressão, como na declaração de constitucionalidade das biografias não autorizadas e dos discursos de proselitismo religioso.

<sup>115</sup> O caso mais emblemático é representado pela jurisprudência firmada pela vedação ao nepotismo. Mas também a corte já se manifestou sobre o direito subjetivo de um candidato aprovado dentro do número de vagas à nomeação (STF – Pleno, RE (RG) nº 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10.08.2011.) e firmou larga jurisprudência em torno dos Serviços Sociais Autônomos: Quanto à dispensa à realização de concurso público (STF. Plenário. RE 789874/DF, Rei. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/9/2014); quanto

O autor sistematiza as decisões do Supremo Tribunal Federal, nessa fase ativista, de acordo com a sua proposta de definição multidimensional, que, nesse caso, consiste nas seguintes dimensões: (1) metodológica, (2) processual, (3) estrutural ou horizontal, (4) de direitos e (5) antidialógica<sup>116</sup>.

A (1) dimensão metodológica diz com a nova forma de se interpretar o direito. Segundo ele, essa dimensão pode ser dividida em alguns comportamentos decisórios. O primeiro deles diz com (1.1) a interpretação e aplicação das normas constitucionais, que, diante da CF de 88 carregada de princípios e conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, permitem ao Supremo adotar uma hermenêutica criativa. Isso foi verificado, por exemplo, no caso do nepotismo<sup>117</sup>, no qual o STF aplicou concretamente os princípios da moralidade e impessoalidade para vedar a nomeação de parentes de autoridade ou servidor aos cargos de direção, chefia ou assessoramento. Também foi o caso quando julgou inconstitucionais as “cláusulas de barreira”<sup>118</sup> por violarem a proporcionalidade, a razoabilidade, o pluripartidarismo e a democracia. Recentemente, também aplicou o princípio do Estado laico e da liberdade religiosa para atestar a constitucionalidade do ensino religioso confessional em escolas públicas<sup>119</sup>.

Ademais, também disso decorre a criação de uma norma pelo Supremo, como foi no julgamento dos casos de “infidelidade partidária”<sup>120 121</sup>, em que a maioria da Corte decidiu, ante o vácuo normativo do caso, pela interpretação sistemática da Constituição, a fim de conjugar “o sistema eleitoral proporcional (art. 45, *caput*), o

---

à natureza privada – e não pública- dos seus recursos (STF. Plenário.ACO 195j AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/12/2013); quanto ao gozo de imunidade tributária (STF. 1ª Turma. RE 470520/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/9/2013). No que tange à organização administrativa, já proferiu decisão que reconheceu a mora do legislador em regular o processo de criação de municípios, proibindo sua criação até a edição da lei complementar exigida pelo art. 18, §4º da CF (STF – Pleno, 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.05.2007; STF – Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007.).

<sup>116</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pgs. 258-315.

<sup>117</sup> STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.08.2008. Nesse sentido, também editou a Súmula Vinculante 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

<sup>118</sup> STF. Pleno, ADI 1.351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 29.06.2007.

<sup>119</sup> STF. Plenário. ADI 4439/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/9/2017. O ensino confessional é aquele vinculado a uma religião específica.

<sup>120</sup> STF. Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 04.10.2006.; STF. Pleno, MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2006.; STF. Pleno, MS 26.604/DF, Rel. Min.ª Cármen Lúcia, j. em 04.10.2006.

<sup>121</sup> STF. Pleno, MS 30.260/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 27.04.2011.

monopólio partidário das candidaturas aos cargos eletivos (art. 14, §3º, V) e a essencialidade dos partidos para a concretização do princípio democrático e da representação política do povo (art. 1º, parágrafo único)”<sup>122</sup> para decidir que a vaga pertenceria ao partido, e não ao parlamentar.

Por fim, outra metodologia que decorre dessa interpretação diz com “a evolução dos sentidos das normas constitucionais na direção de grandes transformações sociais contemporâneas”. O caso mais emblemático exposto por Campos é o da “união homoafetiva” <sup>123</sup>, em que a decisão “*extraiu* um direito fundamental das entrelinhas do Texto Constitucional e opôs uma *ordem axiológica objetiva* para contornar o único dispositivo constitucional que trata do tema e que tem, em seu *significado mais imediato de conteúdo*, uma resposta negativa ao direito pretendido”<sup>124</sup>.

Outro ponto que decorre dessa dimensão metodológica, diz com (1.2) a interpretação conforme a constituição e a declaração de nulidade parcial. Segundo o autor, naquele, “em uma situação de plurissignificância normativa, deve ser adotado o sentido normativo que melhor realize os comandos constitucionais”, enquanto neste,

é mantido o enunciado normativo impugnado, mas são excluídas as hipóteses de aplicação inconstitucionais: ou em decorrência da expressa redução de parte de seu texto legal (*nulidade parcial com redução de texto*), ou sem que se produza qualquer alteração expressa do texto legal (*nulidade parcial sem redução de texto*)<sup>125</sup>.

Essa dimensão está ligada, sobremaneira, ao fenômeno de constitucionalização dos diversos ramos do direito, conforme já elucidado, e constitui importante forma de manifestação ativista da Suprema Corte brasileira.

Isso se deu na discussão acerca da constitucionalidade de dispositivo de lei federal que previa a transferência de servidor público graduando, obrigado a mudar-se de domicílio em razão do ofício, a instituições de ensino superior públicas ou particulares<sup>126</sup>. No caso, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade sem redução de

---

<sup>122</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pg. 266..

<sup>123</sup> STF – Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011.

<sup>124</sup> Ibidem. Pg. 271.

<sup>125</sup> Ibidem. Pg. 272. CAMPOS anota que a postura inicial do STF de aplicação dessas metodologias era bastante restrita, à época preconizada pelo ministro Moreira Alves, que, basicamente, não permitia a extensão dos efeitos da lei: ou seja, ou a norma era constitucional, e continuava com seus efeitos objetivados pelo legislador, ou a norma era inconstitucional como um todo, não podendo o Supremo interpretá-la de acordo com a CF para preservar sua constitucionalidade (Ibidem. Pg. 273).

<sup>126</sup> No caso, contra o art. 1º da Lei nº 9.536/97. STF – Pleno, ADI 3.324/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16.12.2004.

texto da parte que previa a possibilidade de mudança de instituição particular para pública, em homenagem aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade administrativa e igualdade de acesso ao ensino. Muito similar foi a recente decisão que declarou inconstitucional a previsão legal que permitia a produção e distribuição de qualquer forma de amianto no Brasil, com vistas a proteger o meio ambiente e a saúde pública<sup>127</sup>. Também foi o caso do “aborto de fetos anencéfalos”<sup>128</sup>, em que, com a efetiva interpretação conforme a Constituição, criou hipótese nitidamente legislativa – contudo sem legislador- de causa de exclusão de ilicitude, ao aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à liberdade e à saúde da mulher<sup>129</sup>. Mais recentemente, por fim, a Corte deu interpretação conforme a Constituição para que as pessoas transgêneros possam alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização ou autorização judicial, em virtude da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada, honra e imagem<sup>130</sup>.

O (1.3) controle judicial da omissão legislativa também é outro aspecto da dimensão da metodologia que foi e é objetivo de intensa construção jurisprudencial por parte do Supremo. No que tange à omissão total, a Corte passou de uma postura restritiva, limitada a atestar a mora e notificá-la ao Legislativo<sup>131</sup>, para uma decisão que determinou a aplicação analógica de outra norma ante a ausência<sup>132</sup>.

Por fim, o último ponto com relação a essa dimensão diz com as (1.4) decisões maximalistas, quando o julgador se manifesta de forma prolixa, abordando

---

<sup>127</sup> STF. Plenário. ADI 3937/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/8/2017

<sup>128</sup> STF – Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.04.2012.

<sup>129</sup> Tanto nesse, quanto no caso da “união homoafetiva”, CAMPOS assevera que o STF adotou uma postura ativista acertada, porquanto em compasso com as mudanças sociais: no caso da anencefalia, em virtude da mudança tecnológica capaz de afirmar a certeza de morte ao nascer, e no caso da união, havia inclusive resoluções previdenciárias e tributárias que previam essa união para os devidos fins. Foi legítimo na medida em que a via institucional legitimada (Legislativo) era inerte (Ob. Cit., pgs. 271 e 280).

<sup>130</sup> STF. Plenário. ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018.

<sup>131</sup> STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 23.11.1989.

<sup>132</sup> STF – Pleno, MI 438, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 16.06.1995; STF – Pleno, MI 585. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002; STF – Pleno, MI 485. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 23.08.2002. No entanto, essa mudança jurisprudencial foi marcada por um contexto excepcional, conforme anota CAMPOS, pois no caso, esses mandados de injunção foram impetrados em face da ausência normativa em relação ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII), que perdurou por quase vinte anos – o ministro Spúlveda em seu voto considerou essa inércia “abusiva e geradora (...) de uma anomia de relevo gritante”. Portanto, em virtude, ademais, de diversas outras decisões do STF que atestaram a mora do Legislativo, a Corte proferiu decisão que suprimiu a lacuna pela aplicação analógica da Lei 7.783/89, que trata desse mesmo direito ao setor privado (ibidem. Pg. 284).



teorias e conceitos, entre outros, jurídicos, filosóficos, sociológicos, econômicos, para abarcar decisões futuras, ao invés de fundamentar apenas a decisão do presente. Nesse sentido, ele expõe os votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, na ADPF 45/DF<sup>133</sup> e no RE 405.579/PR<sup>134</sup>, respectivamente.

A segunda dimensão do ativismo do STF é (2) a processual, e se manifesta “pelo alargamento que o Supremo, por conta própria, faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais que estão à sua disposição, ampliando assim as hipóteses de cabimento das ações e recursos bem como os efeitos de suas decisões”<sup>135</sup>. Ele a representa por alguns sinais<sup>136</sup>, dentre eles, (2.1) a discussão acerca da força vinculante das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo, que, embora não tenha reconhecido o instituto, pelo menos afirmou que as decisões ali proferidas, nas palavras do ministro Teori Zavascki, possuem “força expansiva”<sup>137</sup>; (2.2) a discussão sobre a expansão da utilidade da reclamação<sup>138</sup>, ora como forma de rever jurisprudência<sup>139</sup>, ora em casos excepcionais<sup>140</sup>; a (2.3) a expansão dos efeitos do MI, com já observado; a (2.4) sobre o uso indevido do instituto da súmula vinculante, em inobservância do requisito constitucional de “reiteradas decisões”<sup>141</sup>; e (2.5) pela utilização expansiva do instituto da repercussão geral<sup>142</sup>.

---

<sup>133</sup> STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29.04.2004.

<sup>134</sup> STF – 2a T., RE 595.595, Rel. Min. Eros Grau, j. em 28.04.2009.

<sup>135</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pgs. 290 e 291.

<sup>136</sup> Por sinais aqui se entende o tratamento que o STF vem dando a essas matérias, muitas vezes discutindo sem findá-las ou mesmo por decisões esporádicas em que as concede, sem representar, contudo, uma jurisprudência sólida.

<sup>137</sup> STF. Pleno. Rel 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 20/3/2014.

<sup>138</sup> Aliás, com relação ao tema, sobreveio alteração legislativa pela introdução do novo CPC (art. 988, §5º, II), que prevê a possibilidade de utilização de reclamação nas decisões do Supremo firmadas em RE com repercussão geral, depois de esgotadas as instâncias ordinárias.

<sup>139</sup> STF. Plenário. Rei 4374/PE, Rei. Min. Gilmar Mendes, 18/4/2013.

<sup>140</sup> STF. Decisão monocrática. Rei 18636, Rei. Min. Celso de Mello, julgado em 10/11/2015

<sup>141</sup> Nesse sentido, expõe as Súmulas Vinculantes 3 e 11, que preceituam, respectivamente: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” e “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”

<sup>142</sup> Ibidem. Pg. 299: “Apenas alguns exemplos servem para dar conta dessa situação: promoção de professor à classe superior a que pertence, fixação de anuidade por conselhos de fiscalização profissional, cobrança, por parte de associação, de taxas de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado, aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista, desistência em mandado de segurança, sem aquiescência da parte contrária, após prolação de sentença de mérito, ainda que favorável ao impetrante, dentre muitas outras, revelam o quanto o Supremo, na prática do instituto, está invadindo área de atuação das instâncias inferiores”.

Também é dimensão (3) o ativismo judicial estrutural ou horizontal, que é observado na autoimposição do Supremo em detrimento da deferência, no quanto ele se sente legítimo a proferir suas decisões – e, ao buscarem essa legitimidade da prolixa Constituição de 88, encontra-a. Nesse ponto, assevera Campos,

a dificuldade [...] é saber quando realmente estamos diante de uma dúvida razoável do juízo de validade constitucional ou da complexidade interpretativa inerente ao julgamento dos muitos hard cases que se colocam rotineiramente diante das modernas Cortes constitucionais<sup>143</sup>.

Essa dimensão é representada por (3.1) decisões contra o Poder Executivo, principalmente pelo controle das leis orçamentárias e dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, bem como de casos emblemáticos, como o “caso Battisti”, em que a Corte firmou jurisprudência no sentido de que o ato de refúgio é vinculado<sup>144</sup>, ou seja, não pode ser avaliado discricionariamente pelo Chefe do Executivo, retirando-lhe, assim, autonomia, não obstante tenha firmado nova jurisprudência sobre o caso, conferindo a última palavra sobre a extradição ao juízo presidencial<sup>145</sup>; e (3.2) contra o Poder Legislativo, principalmente pelo controle das emendas constitucionais, no que tange ao alargamento das cláusulas pétreas<sup>146</sup>.

Por sua vez, o (4) ativismo judicial de direitos representa o importante papel exercido pelo Supremo de cancelar o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição. Nisso, ele impõe (4.1) condutas negativas, ao firmar larga jurisprudência com ampla proteção à liberdade de expressão/imprensa<sup>147</sup> e por uma postura garantista no que concerne a perseguição penal do Estado<sup>148</sup>, por exemplo, e (4.2) positivas ao

---

<sup>143</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit. Pg. 302.

<sup>144</sup> STF – Pleno, Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 16.12.2009.

<sup>145</sup> STF – Pleno, Rcl. 11.243/Rep. Italiana, Red. p/ ac. Min. Luiz Fux, j. em 08.06.2011.

<sup>146</sup> STF – Pleno, MS 23.047/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, j. em 11.02.1998, e STF – Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 15.12.1993.

<sup>147</sup> São decisões emblemáticas: a não recepcionalidade da Lei de Imprensa – nº 5.260/67- (STF – Pleno, ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 30.04.2009.), a declaração de inconstitucionalidade de norma que impedia a veiculação de programas humorísticos latu sensu contra a classe política (STF – Pleno, ADI-MC 4.451/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 02.09.2010), a declaração de inconstitucionalidade da exigência de diploma de curso superior para o exercício do jornalismo (STF – Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.06.2009), a declaração de inconstitucionalidade da exigência de inscrição no órgão de classe para o exercício da profissão/arte de músico (STF – Pleno, RE 414.426/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01.08.2011), a permissão da “marcha da maconha” (STF – Pleno, ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.11.2011), a permissão das biografias não autorizadas (STF. Plenário. ADI 4815/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/6/2015.) e a permissão de discursos em desfavor de determinada religião em virtude do proselitismo religioso em rádios (STF. 1ª Turma. RHC 134682/BA, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2016).

<sup>148</sup> São decisões emblemáticas: a restrição ao uso de algemas (Súmula Vinculante 11), a reserva jurisdicional quanto à interceptação telefônica (STF – Pleno. MS 27.483 MC-REF, rel. min. Cezar Peluso, j. 14-8-2008), a inconstitucionalidade da previsão de cumprimento da pena por crimes hediondos integralmente em regime fechado (STF – Pleno, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006), a inconstitucionalidade da

Estado. Nesse último ponto, o STF, amparado na forte matriz social da Constituição de 88, firmou jurisprudência a fim de mitigar o caráter programático das normas sociais em prol do mínimo existencial. Com isso, permitiu, bem como fomentou, uma ampla judicialização de políticas públicas de saúde<sup>149</sup>, prisionais<sup>150</sup>, de acessibilidade<sup>151</sup> e de educação<sup>152</sup>, que interfere sobremaneira na “estrutura administrativa e financeira dos diferentes níveis do governo, [levantando] problemas de ordem prática que requerem a fixação de parâmetros empíricos e normativos a fim de racionalizar a atuação judicial”<sup>153</sup>.

A última dimensão exposta pelo autor é a (5) antidialógica, na qual o STF, com o surgimento de lei contrária à sua jurisprudência, adota uma postura de retaliação, impedindo o diálogo entre os poderes, igualmente legitimados a interpretar a Constituição. Isso ocorreu na jurisprudência da Corte sobre o foro de prerrogativa de função, ante a superveniência de lei que reformou o Código de Processo Penal em desacordo com ela, o que foi posteriormente declarado inconstitucional<sup>154</sup>.

---

previsão de inaplicação de penas restritivas de direito na Lei de Drogas (STF – Pleno, HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2010), o estabelecimento de maiores balizas à exceção à inviolabilidade do domicílio (STF. Plenário. RE 603616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/11/2015) e, mais recentemente, no que tange à criação do instituto do Habeas Corpus coletivo (STF. 2ª Turma. HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.2.2018).

<sup>149</sup> São decisões emblemáticas: a determinação do fornecimento de medicamentos de forma gratuita a pessoas carentes (STF – 1ª T., RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.02.2000; STF – 2ª T., Ag.Rg no RE 273.042/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 28.08.2001; STF – 2ª T., Ag.Rg. no RE 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.12.2006; STF – 2ª T., Ag. Rg. no RE 534.908/PE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 11.12.2007) e a determinação do fornecimento de leitos em UTI (STF – 2ª T., AI 527.135/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 08.04.2005). Essa judicialização ainda perdura no Supremo atualmente (STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016).

<sup>150</sup> O STF, ao analisar a situação dos presídios brasileiros, declarou estado de coisas inconstitucional, bem como introduziu as audiências de custódia no âmbito do Judiciário (STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015). Também já se manifestou pela imposição ao Poder Público em realiza obras emergenciais em presídios (STF. Plenário. RE 592581/R5, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015).

<sup>151</sup> O Supremo já se manifestou pela possibilidade de o Judiciário determinar que o Poder Público promova medidas assecuratórias aos direitos das pessoas com deficiência (STF. 1ª Turma. RE 440028/5P, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013).

<sup>152</sup> O STF tem jurisprudência firmada pela possibilidade de o Judiciário impor aos municípios que disponibilizem vagas para crianças carentes em escolas e creches (STF – 2ª T., RE 595.595, Rel. Min. Eros Grau, j. em 28.04.2009; STF – 1ª T., Ag.Rg. no AI 592.075/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 19.05.2009; STF. Decisão monocrática. RE 956475, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/05/2016).

<sup>153</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit. Pg. 319.

<sup>154</sup> Num primeiro momento, o STF estendia o foro aos ex-exercentes de funções públicas – súmula 384: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Contudo, no julgamento do Inquérito nº 687 (STF – Pleno, Inq nº 687 – QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25.08.1999), passou a não mais admitir essa hipótese. O legislador, portanto, reformou o CPP por meio da Lei 10.628/02. Essa alteração foi julgada pela Corte inconstitucional, por vício formal (STF. Pleno. ADI 2.797-2/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.09.2005).

Enfim, são diversos os exemplos que denotam esse caráter mais ativista da Suprema Corte brasileira. Isso é corroborado, inclusive, por manifestações formais de alguns ministros, defendendo essa postura proeminente<sup>155</sup>. Percebe-se que o Judiciário brasileiro, hoje, manifesta-se sobre quase todos os temas da vida, o que é reflexo das análises aqui feitas, que evidenciam a prolixidade dos temas tratados CF de 88, a qual, aliás, foi responsável, juntamente com o constituinte derivado e do legislador ordinário, pelo alargamento de competências do STF, aliados a uma construção jurisprudencial do próprio Supremo que legitima essa atuação mais ativista. E esta última é importante, porque a postura ativista, como exposto, é uma escolha diante de um contexto propício à judicialização da política. Ademais, não obstante haver todo esse arcabouço institucional que atribua ao Judiciário manifestar-se sobre quase tudo, as cortes e os juízes devem adotar posturas que melhor atendam aos interesses constitucionais, políticos e sociais, e, para isso, por vezes deverão ser deferente.

---

<sup>155</sup> Nesse sentido é o discurso do ministro Celso de Mello na posse do ministro Gilmar Mendes para a presidência do Supremo: “Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.” Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode reduzir-se a uma posição de pura passividade. (MELLO, Celso. *Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Presidente: Min. Gilmar F. Mendes. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Brasília: 2008, p. 25). O ministro Luiz Fux também já se manifestou sobre o tema em contexto similar, qual seja, na posse do ministro Joaquim Barbosa na presidência do STF: ““a efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, não representa ingerência deste Poder estatal nos demais.” (...) “A incisividade atual do Poder Judiciário na vida social é aclamada por diversos autores da doutrina nacional estrangeira” (...) “aqueles que criticam o Judiciário por ingressar no campo das decisões políticas acabam por incorrer em certo vazio discursivo, uma vez que não apresentam, de maneira clara e objetiva, quais são as linhas demarcatórias desse limite a ser respeitado pelo Direito com relação à Política.” (...) “o Supremo deve se opor a qualquer força oposta a seus julgados” e ao “desvario e insensatez antirrepublicanos”(…) “Nós, juízes, não tememos nada nem a ninguém. Juízes devem se sentir desvinculados de subordinação hierárquica.” (FUX, Luiz. *Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Presidente: Min. Joaquim Barbosa. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Brasília: 2015, pgs 26-33)”

### 3.4 E como fica a relação entre os poderes? Harmonia e tensões

#### 3.4.1 Lealdade Institucional

Ainda perdura como principal mecanismo de limitação do poder a ideia de separação de poderes e de controle recíproco, em detrimento do arbítrio. No entanto, essa configuração não tem por finalidade constituir um estado de coisas conflituoso. Daí insurge a necessidade da relação harmoniosa entre os poderes.

A harmonia entre os poderes tem como pano de fundo a ideia de que todos os poderes constituídos devem igual respeito ao poder constituinte, e, dessa forma, à Constituição. Como bem observa Raoni Bielschowsky, disso advém as ideias de leal colaboração e fidelidade federal, e do princípio da lealdade institucional, aqueles relacionados à separação vertical dos poderes, ou seja, ao federalismo, e este relacionado à separação horizontal dos poderes, ou seja, às relações entre o Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>156</sup>.

Segundo Jaime Valle, o princípio da lealdade institucional está intimamente ligado ao da separação dos poderes, sendo, na verdade, este, o motivo que resultou naquele. Isso porque a ideia de controle recíproco “introduziria uma necessidade de criação de relações de cooperação, de coordenação e de respeito mútuo entre os órgãos constitucionais para a prossecução de suas funções, sem que daí devessem resultar prejuízos ou obstáculos”<sup>157</sup>. Esse princípio incidiria nas questões comuns tratadas pelos poderes, a fim de que um não confira obstáculos aos outros, e que todos persigam o interesse público. Ademais, também preleciona o autor que ele encontra base no princípio da boa-fé, que, a despeito de aplicação majoritária no direito civil, é também vetor de aplicação em todo o ordenamento jurídico<sup>158</sup>.

Valle preconiza que esse princípio tem duas dimensões: analítica e sintética. A primeira refere-se aos casos em que a atuação de um órgão implicará na esfera de atribuições do outro, e que nisso, aquele não poderá inviabilizar ou criar obstáculos ao exercício deste<sup>159</sup>. A segunda, “define-se pela imposição aos poderes públicos da

---

<sup>156</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni. *Separação dos poderes, cooperação constitucional e lealdade institucional*. 2015, p. 152-165. 10.17931/dcfp\_v1\_art12. Pg. 158.

<sup>157</sup> VALLE, Jaime. *O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais*. Revista Direito e Política, Loures, n. 1, pp. 62-72, out./dez. 2012. Pg. 65.

<sup>158</sup> Ibidem. Pg. 66.

<sup>159</sup> Ibidem. Pg. 69.

orientação da sua conduta nas relações interorgânicas no sentido da obtenção de um funcionamento eficiente do sistema constitucional”<sup>160</sup>.

Por fim, o autor ressalta que a aplicação desse princípio se daria principalmente nas relações entre órgãos equiordenados, ou seja, sem relação de hierarquia, bem como nos casos em que a Constituição não seria suficiente para a resolução de conflitos entre eles<sup>161</sup>. Ademais, também seria princípio de aplicação casuística, dotado de elasticidade e lapidado de acordo com o caso concreto em que for aplicado.

O princípio da lealdade institucional preconizado por Valle revela-se importante instrumento de atuação das instituições. Ele está intimamente ligado ao paradigma da separação de poderes instituídos pela CF, art. 2º, que, além de prever independência, prevê a harmonia entre eles. Portanto, é correto afirmar que a harmonia entre os poderes é objeto de incidência do princípio da lealdade institucional aqui trabalhado.

Ademais, de acordo com a teoria da separação dos poderes já exposta, esse princípio também contribui para abalizar sua aplicação na ordem constitucional, principalmente como fator de orientação do sistema de freios e contrapesos, nos moldes exposto pelos federalistas. Isso porque estabeleceria um novo paradigma de controle, baseado, não somente nas tensões que marcam a relação entre os poderes, mas também na perseguição dos objetivos constitucionais.

### **3.4.2 Autorrestrrição judicial**

A autocontenção, ou autorrestrrição judicial (*self-restraint*), representa a retração judicial em face aos demais poderes, deferindo-lhes a legitimidade de atuação. Contudo, esse fenômeno representa também uma estratégia do Judiciário com o fito de manter uma relação saudável entre as instituições, e de conservar o prestígio e funcionalidade de suas decisões<sup>162</sup>. O debate enseja diversas construções teóricas, a fim de estabelecer as dimensões desse comportamento.

O fenômeno da autocontenção judicial é bem exposto por Campos, e remete ao amplo debate doutrinário no direito norte-americano. Ele classifica algumas

---

<sup>160</sup> VALLE, Jaime. Ob. Cit., pg. 70.

<sup>161</sup> Ibidem. Pgs. 70-72.

<sup>162</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pg. 165.

das mais importantes teorias sobre o tema de acordo com os critérios estabelecidos por Posner. O primeiro deles é a (1) autorrestrrição estrutural, quando a autoridade judicial deixa de decidir, ou decide de acordo com as razões de outro poder, por acreditar que ele tem capacidade (1.1) legal ou (1.2) epistêmica para tanto. Está inserida nesse modelo, por exemplo, a importante contribuição de Thayer, que propõe um modelo de autocontenção baseado no benefício da dúvida: uma Corte só pode declarar uma norma inconstitucional se houver erro legislativo grave. Dessa forma, se a escolha legislativa inspira dúvidas aos juízes, estes devem abster-se. Para ele, ademais, “a ambiguidade da constituição fala em favor do respeito à margem de conformação legislativa e não, como muitos defendem, em favor da liberdade do controle de constitucionalidade”<sup>163</sup>.

O segundo, (2) autorrestrrição prudencial, trata da (2.1) deferência política da corte tendo em vista possíveis reações adversas das outras instituições às suas decisões, ou por (2.2) deferência funcional, quando deixa de tomar decisões que poderia restar num enfraquecimento de sua funcionalidade, ou seja, de sua capacidade ou da qualidade de suas decisões<sup>164</sup>. Bickel encontra-se dentro da dimensão da autorrestrrição judicial prudencial política, e propõe a deferência do Judiciário quando a aplicação de um princípio constitucional ainda não se apresenta maduro o suficiente para ser aplicado, a fim de que ele seja primeiramente discutido por outras instituições ou mesmo para a sociedade. Para ele, as cortes devem estabelecer entraves processuais estratégicos:

Ilegitimidade do autor para a propositura da demanda (*standing*), falta de maturidade do caso para julgamento (*ripeness*), inexistência de controvérsia atual e por isso a perda do objeto da ação (*mootness*), questão discutida eminentemente política, carecendo a Corte de competência para julgá-la (*political questions doctrine*) e ausência de relevância do caso para ser julgado pela Suprema Corte (*denial of certiorari*)”<sup>165</sup>.

Thayer e Bickel, segundo Campos, divergem no que concerne à própria legitimidade de atuação das cortes constitucionais: enquanto o primeiro advoga por maior deferência ao legislativo, estabelecendo casos em que a corte não deve decidir, o segundo prima pela legitimidade de atuação da corte, mas tendo como condição de

---

<sup>163</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pg. 170.

<sup>164</sup> Ibidem. Pgs. 166 e 167.

<sup>165</sup> Ibidem. Pg. 172.

possibilidade a prudência em sua atuação, notadamente pelos critérios do *se* e *quando* decidir, em virtude da dificuldade majoritária que a circunda<sup>166</sup>.

Sustein e Vermeule são autores que, segundo Campos, não se enquadram propriamente em um único critério, e suas teorias, de certa forma, tratam da autocontenção judicial estrutural e prudencial (política). Sustein preconiza o minimalismo judicial diante de questões morais complexas, ou seja, a corte deve decidir de forma sintética, estreita, superficialmente, sem produzir prolixos arcabouços teóricos ou filosóficos como fundamentos de suas decisões. As decisões judiciais passam a ser resolvidas caso a caso, e, com isso, passam a ser mais assertivas.

A técnica de Sustein muito se assemelha à de Bickle, porquanto em ambas há primazia do diálogo institucional, sendo no minimalismo verificado em virtude do compartilhamento da construção dos valores morais com as demais instituições em face do lento pronunciamento judicial.

Vermeule, por sua vez, parte da construção de uma autorrestrrição judicial baseada nas “capacidades institucionais do interprete e dos efeitos sistêmicos das decisões”<sup>167</sup>, porquanto há casos em que o Judiciário não tem a *expertise* de manifestar-se por entraves, como “enunciados normativos ambíguos, variáveis empíricas incertas ou baixo acesso informacional”<sup>168</sup>, ao contrário das demais instituições, que seriam mais capacitadas para tomar decisões nesse sentido. Sua teoria encontra óbice na teoria de Bickle, porquanto pressupõe a ilegitimidade de atuação das cortes nos casos em que não é dotada de *expertise*.

No Brasil, todavia, ainda não se construiu um debate sério no que concerne à autocontenção judicial. Nem mesmo uma previsão legislativa que permita a declaração de inconstitucionalidade apenas em casos excepcionais. Impera a noção de que uma lei que é inconstitucional deve ser assim declarada. Existem, contudo, críticas no que concerne ao ativismo do STF, que pode ser prejudicial. As críticas de Barroso ao ativismo judicial e à judicialização da política, representam essa preocupação de expansão judicial não comedida. Nessa mesma linha, Daniel Sarmento<sup>169</sup> elabora alguns

---

<sup>166</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. Cit., pgs. 172 e 173.

<sup>167</sup> Ibidem. Pg. 177.

<sup>168</sup> Ibidem. Pg. 178.

<sup>169</sup> SARMENTO, Daniel. *Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial*. Op. Cit., pgs. 146-157. Essas balizas propostas por Sarmento muito se



parâmetros para a autocontenção judicial, que parte de uma premissa multidimensional, ou seja, o fenômeno da autocontenção judicial também pode ser justificado ou não a depender do contexto.

A postura de autocontenção judicial é configurada no princípio da presunção de constitucionalidade das leis, em virtude do respeito institucional mútuo de órgãos concorrentemente legítimos a se manifestar sobre um determinado assunto. Nesse sentido, da mesma forma que é possível ao Judiciário manifestar-se ativamente ao afirmar direitos, também ele deve respeitar as posturas do Legislativo, no exercício de sua função típica. Com isso em vista, eles propõem ao Judiciário, no controle de constitucionalidade das leis, a observância de certas balizas que provoquem menor ou maior autocontenção.

A primeira delas diz com o grau de legitimidade democrática do ato normativo impugnado, que pode ser avaliado de forma mais intensa quando ele for aprovado por plebiscito ou referendo, ou for o caso de emendas constitucionais ou outras espécies normativas que demandam maior rigor para serem aprovadas, bem como a depender da intensidade do consenso público ou popular em torno da matéria e a participação popular que o ensejou. Nesses casos, a postura mais correta é a autocontenção. Por outro lado, normas exaradas pelo Poder Executivo, por exemplo, podem ser controladas com menos rigor. No entanto, a democracia é ambivalente nesse sentido, porquanto também demanda uma atitude mais proativa do Judiciário quando o jogo político, ou os direitos que fazem a democracia funcionar (liberdade de expressão e acesso à informação, p. ex.) estiverem em xeque.

---

assemelham à construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, que ficou conhecida como doutrina dos *standards*. Baseia-se num *approach* por parte do Judiciário, considerando todo o contexto de ativismo judicial em que está inserido, e de que esse ativismo não é, *a priori*, ilegítimo, ao contrário das leis, que, *a priori*, são dotadas de presunção de constitucionalidade. Ou seja, busca, de certa forma, parametrizar os casos em que é legítima a atuação judicial ativista. Essa doutrina tem três níveis básico: o teste de racionalidade, o teste intermediário e o escrutínio estrito. O primeiro seria o escrutínio mínimo, a baixa interferência judicial. Nele, “para declarar a constitucionalidade da lei, basta ao juiz verificar se a ação do governo configura simplesmente um meio razoável para alcançar um fim legítimo” (CAMPOS. Op. Cit. pg. 181). O teste intermediário, por sua vez, é mais rigoroso que o teste de racionalidade, pois requer que sejam “demonstradas a necessidade da ação restritiva do governo e a conexão mais próxima entre o seu propósito e o meio restritivo estabelecido para o seu alcance” (ibidem). Por fim, o teste de escrutínio estrito, é o nível mais rigoroso de controle de constitucionalidade, porquanto o propósito governamental dever ser “necessário e urgente”, que o meio restritivo escolhido deve ser “estabelecido estritamente sob medida” e o governo “não pode alcançar esses fins por outros meios” (Ibidem. Pg. 182). Campos assevera que esse último *standard* está relacionado à afirmação de direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, direito de voto, ausência de discriminação, entre outros, sendo o que mais possui base jurisprudencial sólida, porquanto os demais implicam mais subjetividade na atuação judicial, pois não há critérios objetivos para sua aplicação.

Também deve ser mais rigorosa a proteção dos direitos das minorias, de integrantes de grupos vulneráveis, que não encontram na política majoritária o devido resguardo. Nessa esteira, a relevância material do direito fundamental atingido deve ser considerada, se representa um interesse corporativo ou exclusivamente patrimonial, caso em que é legítima a autocontenção, ou se representa direitos básicos, que visam a suprimir as desigualdades estruturais do Estado brasileiro, caso em que o ativismo é legítimo.

Outro ponto fundamental de autocontenção judicial diz com o nível de capacidade institucional do Poder Judiciário com o órgão que editou o ato normativo discutido. Por fim, deve-se considerar a mitigação do princípio da presunção de constitucionalidade contra atos normativos anterior à vigência da CF de 88.

Há que se ressaltar, todavia, que são parâmetros pouco demarcados, ou seja, não possuem âmbito de incidência única, e podem ser inter-relacionados no caso concreto. A proposta de Sarmiento é apenas de iniciar uma discussão acerca dessa nova onda de ativismo judicial do Supremo, a fim de que se construa teorias ou jurisprudências que saibam identificar em quais casos há mais propriedade dessa interferência judicial.

Não obstante ainda configurar matéria pouco apurada pela doutrina e jurisprudência nacionais, o Supremo tem adotado esse tipo de postura em alguns casos. A decisão sobre o amianto crisotila é um exemplo<sup>170</sup>, no qual houve um processo histórico que admitiu sua recente manifestação em desfavor desse composto. Primeiramente, a Corte manifestou-se pela impossibilidade de o Judiciário proferir

---

<sup>170</sup> O caso amianto adentra no critério da incapacidade institucional do STF, no que concerne, como bem observa Eduardo Bim (BIM, Eduardo Fortunato. *Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial*. Direito Público, Porto Alegre, v. 9, no 46, p. 9- 38, jul./ago. 2012.), à introdução de celeumas científicas no direito e sua impossibilidade. Anota que as discussões acadêmicas em que não há consenso, não devem ser importadas ao debate jurídico, e o Judiciário não é o órgão próprio dessa manifestação. Seria, no entanto, caso de deferência a órgãos dotados de discricionariedade técnica, que detêm legitimidade ao escolher tal ou qual metodologia ou linha científica. Essa orientação foi firmada de forma exemplar pela construção jurisprudencial norte-americana em torno do caso *Chevron*, em que se condicionou a manifestação judicial apenas em casos excepcionais, de manifesta irregularidade, sendo a regra a discricionariedade política. Essa deve ser a postura, por exemplo, em temas que são regidos pelo direito ambiental. No entanto, a decisão do STF sobre o amianto foi acertada, pois a primeira vez em que foi acionada (em 2003), não havia consenso científico sobre o tema, e a Corte adotou uma postura de deferência. No segundo pronunciamento, contudo, já houve consolidação científica suficiente para que o STF tomasse a decisão sem adentrar na celeuma científica propriamente dita, e também em virtude de que, nesse lapso de decisões, já houve manifestações internacionais e do próprio governo brasileiro, acerca da prejudicialidade incontornável do amianto, o que denota pouca invasão na discricionariedade técnica da administração pública.

decisão sobre o assunto<sup>171</sup>. Posteriormente, foi novamente acionada para posicionar-se sobre o tema, em virtude da presença de normas estaduais que proibiam a circulação do amianto. Nessa oportunidade<sup>172</sup>, contudo, o debate já estava mais elucidado pela academia científica, e a decisão do Supremo foi embasada por manifestações de diversos setores técnicos, nacionais e internacionais, que constataavam o grau de periculosidade desse composto, como a Conama, dados do próprio Ministério da Saúde, da Agência Internacional para Pesquisa sobre o Câncer (IARC), da OMS, da convenção OIT nº 162. Dessa forma, a decisão do Supremo baseou-se em sólidos posicionamentos científicos para, com isso, atestar que os malefícios comprovadamente causados pelo amianto, notadamente por ser cancerígeno e degradar o meio ambiente, são incompatíveis com a CF. Essa postura autocontida enquadra no tipo prudencial político, e muito se assemelha à proposta de Bickle, porquanto o STF deixou de se manifestar inicialmente, mas com o amadurecimento do debate, e a sua consolidação, teve capacidade institucional e política de pronunciar uma decisão ativista acertada.

Também se observa que em matéria orçamentária, em geral, o STF mostra uma postura autocontida. A corte já se manifestou pela excepcionalidade de controle do orçamento, que somente pode manifestar-se em situações graves e excepcionais sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes<sup>173</sup>. Também é simbólico o caso da súmula vinculante 37, com a seguinte redação: “não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Em matéria previdenciária e de equilíbrio financeiro e atuarial, há estudos que apontam a autocontenção do STF, por vezes retardando as decisões acerca dos processos, bem como decidindo de acordo com as escolhas do Executivo<sup>174</sup>. É o caso, por exemplo, das decisões que indeferiram a possibilidade de concessão de aposentadoria especial aos oficiais de justiça em virtude do perigo eventual em que estão sujeitos<sup>175</sup>, com o argumento de que essa matéria estava resguardada pela discricionariedade legislativa ao interpretar o art.40, §4º, II, "b" da CF,

---

<sup>171</sup> STF, ADIn 2.396/MS, Pleno, Relª Min. Ellen Gracie, J. 08.05.2003

<sup>172</sup> STF. Plenário. ADI 3937/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 24/8/2017

<sup>173</sup> STF. Plenário. ADI 5468/DF, Rei. Min. Luiz Fux, julgado em 29 e 30/6/2016.

<sup>174</sup> LIMA, Flavia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. *Quem impõe limites às reformas previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 193-218, out./dez. 2017.

<sup>175</sup> STF. Plenário. MI 833/DF, Rei. Mm. Cármen Lúcia, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 11/6/2015.

e a possibilidade de aposentadoria diferenciada para policiais militares do sexo feminino, com o argumento de que existem regimes diferentes entre servidores públicos civis – e aqui estão previstos os policiais civis- e militares<sup>176</sup>.

Por fim, anota-se a postura de autocontenção processual do Supremo, ao construir jurisprudência acerca da pertinência temática. Por meio desse requisito, os legitimados a propor ADI, somente podem ajuizá-la quando houver pertinência temática entre a matéria pela qual se justifica sua existência e a matéria abordada na ação. Não são todos os legitimados que devem cumprir esse requisito, mas deve ser observada pelas assembleias legislativas estaduais<sup>177</sup>, pelos governadores<sup>178</sup> e pelas entidades de classe e sindicatos<sup>179</sup>, com exceção da Ordem dos Advogados<sup>180</sup>. Também é o caso quando construiu jurisprudência em conferir caráter subsidiário às ADPFs<sup>181</sup>. É dizer: só é legítima a utilização da via do descumprimento de preceito quando as outras vias, como Mandado de Segurança, Ação Popular, reclamação ou mesmo os recursos, mostrarem-se insuficiente.

---

<sup>176</sup> STF. Plenário. ADO 28/SP, Rei. Min. Cármen Lúcia, julgado em 16/4/2015.

<sup>177</sup> STF, Inf. STF, 32, maio 1996, ADIn 1.307-MS, rel. Min. Francisco Rezek.

<sup>178</sup> STF, DJU, 1o ago. 2003, ADIn 2.656-SP, rel. Min. Maurício Corrêa.

<sup>179</sup> STF. ADI 1.873, rel. min. Marco Aurélio, j. 2-9-1998, P, DJ de 19-9-2003.

<sup>180</sup> STF, RTJ, 142:383, 1992, ADIn 3-DF, rel. Min. Moreira Alves.

<sup>181</sup> STF. Plenário. ADPF 210 AgR. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 06/06/2013.

## Capítulo IV

### REAÇÃO LEGISLATIVA A DECISÕES DO SUPREMO

#### 4.1 Reação Legislativa

A expansão do judiciário em vários países e no Brasil é um fenômeno que não está alheio à relação entre os demais poderes. Como bem observado, esse fenômeno está associado à deferência dos Poderes Executivo e Legislativo que buscam resolver suas celeumas no Judiciário, muitas vezes para evitar a responsabilização política. Ou seja, não são as Cortes propriamente que criaram esse espaço institucional, mas elas estão vinculadas às ações sócio-políticas que deferem a elas atuar de forma expansiva. Hurschl, anota que não são raros os casos em que há retaliação das Cortes quando atuam de forma indevida. O autor demonstra que isso pode ser verificado quando o Executivo e principalmente o Legislativo passam a revisar as decisões indesejadas<sup>182</sup> e a interferir no processo de escolha, destituição e mandato dos juízes<sup>183</sup>.

Ou seja, os fenômenos que circundam o ativismo judicial e a judicialização da política não remetem apenas às posturas das cortes constitucionais, mas também por todo o arcabouço institucional em que estão inseridos, bem como pela deferência dos atores políticos. Ademais, isso é comprovado pela possibilidade de manifestação posterior dos demais Poderes, notadamente do Legislativo, capaz de verificar que o

---

<sup>182</sup> HIRSCHL, Ran. Ob. Cit., pgs. 168 e 169. Anota a decisão da Suprema Corte indiana sobre o caso *Mohammed Ahmad Kan v. Shah Bano Begum*, que assegurou às mulheres mulçumanas o direito do pagamento de pensão após o divórcio, o que foi revisado pelo Parlamento indiano, após duras pressões políticas de grupos mulçumanos conservadores, com a edição da Lei das Mulheres Mulçumanas. Isso também se verifica na Austrália quando sua Suprema Corte decidiu os casos *Mabo v. Queensland II* e *The Wik Peoples v. Queensland*, de forma a expandir os direitos dos aborígenes à propriedade, que foi revisada pelo governo conservador de John Howard, também após pressões populares dos setores agrícola e minerador, ao introduzir o *Native Title Act*. Por fim, anota o caso de Cingapura, em que o governo emendou a Constituição para retirar a autoridade da Suprema Corte em “qualquer controle significativo da constitucionalidade de medidas governamentais de detenção preventiva” (Ibidem. Pg. 169).

<sup>183</sup> Ibidem. Pg. 165. Expõe o caso da Suprema Corte do Paquistão, em que houve a expulsão de diversos juízes por entrarem em divergência com o governo do país, o que também ocorre na Suprema Corte do Zimbábue, em que seu presidente foi substituído por outro que representava os interesses do governo. O governo venezuelano expandiu o número de juízes da suprema corte, simplificou o processo de seleção deles e introduziu novos modos de removê-los. Em Trindade e Tobago houve a suspensão do exercício do presidente da Suprema Corte, e na Argentina também houve expansão do número de juízes e alteração dos quadros da Corte. Essa alteração de quadros também foi verificada na Corte Constitucional húngara, e no Cazaquistão houve a dissolução da Corte Constitucional para se criar um novo Conselho Constitucional. Por último, cita o caso russo, em que houve a dissolução da primeira Corte Constitucional em 1993, pela segunda, que, por sua vez, pouco se pronunciava sobre questões estruturais e direitos fundamentais.

ativismo desfavorável a esses atores políticos é duramente retaliado. Como bem conclui Hirschl:

Este *insight* lança luz sobre um tipo de falácia “tribunalizante” muito comum entre críticos do ativismo judicial, que frequentemente culpam juízes com “fome de poder” e tribunais “imperialistas” por “expropriarem” a Constituição, por serem muito assertivos e excessivamente envolvidos em decisões políticas e morais, desobedecendo assim princípios fundamentais de separação de poderes e de governança democrática. Como os exemplos discutidos neste artigo ilustram, essa imagem de tribunais e juízes constitucionais como os principais culpados pela abrangente judicialização da política no mundo é uma narrativa simplista demais; a judicialização da megapolítica e, de modo mais geral, a transição para a juristocracia é, sobretudo, um fenômeno político, e não jurídico. E é sob esse prisma que ele deve ser estudado<sup>184</sup>.

Dentro das possíveis reações está o que é denominado *efeito backlash*, ou seja, uma reação social ou política contra as decisões judiciais ativistas. É uma espécie de retaliação do Judiciário. Consoante George Marmelstein, esse contra-ataque político pode ocorrer de várias formas<sup>185</sup>, seja no surgimento de grupos de poder a partir da formação de uma nova opinião pública, seja por uma reforma legislativa<sup>186</sup>. Em suma, esse processo pode ser resumido da seguinte forma:

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político

<sup>184</sup> HIRSCHL, Ran. Ob. Cit., pgs. 173-164.

<sup>185</sup> MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. In MATIAS, João Lius Nogueira. Direito, complexidade e globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. Pgs. 149-153. Conforme assinala, pode ocorrer com: “a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“*court-packing*”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade” (Ibidem. Pgs. 152-153)

<sup>186</sup> Ibidem. Pg. 152. Ele expõe dois casos, também analisados por Klarman: o *Furman v. Georgia*, em que a Suprema Corte americana decidiu pela proibição da pena de morte, e com isso movimentou diversos setores sociais, em virtude do aumento expressivo da opinião pública em favor da pena de morte, e políticos, decorrente daqueles; o que resultou na adoção por diversos estados americanos da pena de morte, que não a previa anteriormente; e, por outro lado, o caso *Goodridge v. Department of Public Health*, sobre a possibilidade de união homoafetiva, em que houve um duplo efeito, porquanto houve a insurgência de grupos conservadores em combate com os também insurgentes defensores da *causa gay*, o que posteriormente culminou no reconhecimento amplo da união homoafetiva (caso *Obergefell v. Hodges*), em razão – contrariamente ao caso *Furman*- do amplo apoio popular.

também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão<sup>187</sup>.

Ressalva-se, contudo, que o *efeito backlash* tem maior facilidade de figurar-se no contexto norte-americano, em virtude do seu sistema federalista. No entanto, a discussão também é válida no contexto brasileiro, e pode demonstrar as tensões que permeiam a relação entre os poderes. Por mais que seja o papel de uma Corte Constitucional manifestar-se em obediência apenas a essa norma fundamental, há que se observar também a dinâmica política atual, e a consciência social subjacente às suas decisões, sob pena de sofrer retaliações tanto dos poderes constituídos, quanto da população de um modo geral, e de o avanço por ela pretendido ser posteriormente mitigado. Ademais, esse fenômeno representa a capacidade política dos demais poderes em relação a um Judiciário superlativo, e que a política majoritária, às vezes, acaba por subsumi-lo.

No Brasil, a configuração do ativismo judicial e da guarda da Constituição por parte do Supremo deixa de lado o debate em torno da interpretação que as demais instituições, notadamente o Legislativo, têm sobre aquele texto. As críticas por vezes concentram-se em uma análise estática de todo esse fenômeno, considerando que o STF tem o poder de dar a última palavra sobre as matérias constitucionais. Mesmo alguns ministros dessa Corte acabam por manifestarem-se nesse sentido, como é o caso do min. Celso de Mello:

A única diferença que existe entre a atuação desta Corte Suprema nos processos em que profere o seu julgamento (como no precedente referido no início da presente decisão) e a possibilidade democrática de ampla discussão social em torno da Constituição, passando, inclusive, pelo “diálogo institucional” entre os órgãos e Poderes constituídos, reside no fato, jurídica e processualmente relevante, de que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal revestir-se-á de definitividade nas causas que julgar, pondo termo ao litígio nelas instaurado, seja com efeito “inter partes” (controle incidental ou difuso de constitucionalidade), seja com efeito “erga omnes” e eficácia vinculante (controle normativo abstrato de constitucionalidade)<sup>188</sup>.

A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “*caput*”) – assume papel de

---

<sup>187</sup> MARMELSTEIN, George. Ob. Cit., pgs. 155-156.

<sup>188</sup> STF. 2ª Turma. Ag. Reg. Inq 4.672/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 10.09.2018.

fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu à Suprema Corte a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental<sup>189</sup>.

Contudo, há que se notar o enquadramento institucional em que a Suprema Corte brasileira se encontra para atestar que esse tipo de posicionamento não procede. Dimoulis e Lunardi afirmam que a tese da supremacia judicial inexistente no Brasil, pois o Legislador não se encontra vinculado às decisões do Supremo, no exercício da atividade legislativa ordinária e, em suma, da constituinte derivada reformadora, por meio das emendas constitucionais. Esse cenário permite que o Legislativo continue a produzir teses contrárias à jurisprudência firmada, com a expectativa de alteração de entendimento em um contexto de mudança de composição, o que, não obstante configure certa insegurança institucional, também permite que haja um meio termo entre supremacia do Judiciário ou do Legislativo<sup>190</sup>. Nesse mesmo sentido entende Sarmento, que atesta a possibilidade de uma decisão judicial, principalmente nos casos difíceis, ser passível do escrutínio social e legislativo, sob o ponto de vista descritivo. Ademais, também anota que, sob o ponto de vista prescritivo, a atribuição a um único órgão em proferir a “última palavra” sobre a Constituição é falível, pois o texto constitucional não é monopólio do Supremo, mas de todos os poderes constituídos, notadamente o Legislativo:

Não é o resultado de uma ação judicial que vai definir, por exemplo, o que significa a igualdade de gênero ou a função social da propriedade para a sociedade brasileira. Essas questões, como tantas outras no domínio constitucional, são naturalmente polêmicas, e nenhuma decisão judicial tem o condão de resolvê-las de uma vez por todas, afastando-as definitivamente do campo dos embates políticos e sociais. Pode-se alcançar, com a decisão judicial, o final de uma “rodada” na interpretação, mas não o encerramento da controvérsia sobre o significado da Constituição. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> STF. Pleno. MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J. 4.10.2007.

<sup>190</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. 2011. In A. FELLET, D. PAULA, & M. (. NOVELINO, As novas faces do ativismo judicial (pp. 459-473). Salvador: Juspodivm. Pgs. 467 e 468.

<sup>191</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial*. Ob. Cit., pgs. 140-141. No entanto, cumpre frisar que o autor assinala casos em que a Suprema Corte realmente põe fim a matérias que lhe são levadas, principalmente quando atua como última instância recursal ou quando profere decisões em controle de constitucionalidade, porquanto no modelo brasileiro não há possibilidade de o Legislativo suspender as decisões tomadas neste. Todavia, essas questões não se confundem com aquelas estruturais, polêmicas.



Por representar a vontade popular, o Poder Legislativo tem a legitimidade de suprimir decisões do Supremo por meio de emendas constitucionais, por exemplo. Ademais, também é de se considerar que, ao passo que o ativismo exercido pelo STF é em regra legítimo em virtude dos poderes que lhe são atribuídos, também não é ilegítima em regra a revisão legislativa de suas decisões. É nisso que o princípio da separação de poderes e a noção de freios e contrapesos se fundamenta.

Nesse sentido de diálogo institucional, o STF já se pronunciou sobre casos em que houve interferência legislativa ao revisar suas decisões. Não obstante a construção da tese da “última palavra” pela Corte, verifica-se que a resposta institucional por ela é mais diversificada do que assentada unicamente nesse preceito.

#### **4.2 Reação por Emendas Constitucionais**

A reação legislativa revestida de poder constituinte derivado reformador se dá, obviamente, por meio das Emendas Constitucionais (EC). Aqui, há uma espécie de ambivalência na atuação do Poder Legislativo, porque o processo de aprovação das emendas é mais rigoroso que o das leis ordinárias, sendo, contudo, de maior efetividade perante a jurisprudência constitucional. Quando o legislador busca reformar uma decisão do STF por meio de uma lei ordinária, é quase certo que esse diploma será impugnado, o que pode levar à mudança de entendimento ou de sua afirmação, por parte daquela Corte. Essa mesma realidade não é observada pela reação legislativa por emendas constitucionais.

Um dos primeiros casos de reforma legislativa pelo constituinte derivado diz com a problemática em torno da progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). O entendimento que prevalecia no STF era da impossibilidade da progressividade em virtude dos art. 145, §1º<sup>192</sup>, art. 156, I, §1º e art. 182, §4º, II<sup>193</sup> da CF. O art. 156, I, §1º, objeto da emenda constitucional, assim preceituava:

---

<sup>192</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

<sup>193</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...) II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

(...)

§ 1º - O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, **de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.**

O entendimento do supremo fora assim ementado:

EMENTA: - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, **é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º**, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte<sup>194</sup>.

Todavia, o Poder Legislativo não tardou a modificar esse entendimento por meio da Emenda Constitucional nº 29 de 2000, que, dentre outras modificações, alterou o art. 156, §1º, passando a vigor da seguinte forma:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel

Em respeito a essa modificação, e incumbida de regular as leis editadas anteriormente a essa modificação, o STF editou a súmula 668 em 2003, com a seguinte redação: “é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”. O caso do IPTU foi

---

<sup>194</sup> STF. Pleno. RE 153.771/MG. Rel. Min. Carlos Velloso, red. p/ o ac. Min. Moreira Alves. J. em 20.11.1996.

mais simples por não haver discussão em torno de matérias mais sensíveis, principalmente sobre direitos fundamentais. Ademais, a reforma legislativa alterou sensivelmente o texto da Constituição que muito contribuiu para a consolidação do entendimento do STF, ao suprimir previsão de obediência ao cumprimento da função social da propriedade do art. 156, §1º. Ainda assim, contudo, restou configurada reação legislativa capaz de suprimir o entendimento consolidado pelo Supremo.

Outro caso, por sua vez mais emblemático, de resposta legislativa é o da “vaquejada”. A prática é bem descrita pelo relator Marco Aurélio:

diferentemente do que acontecia no passado, os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados. Segundo aduz, isso faz com que o boi corra ‘quando aberto o portão’, sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado<sup>195</sup>

Ela estava regulamentada pela Lei nº 15.299 de 2013 do Estado do Ceará (Anexo I), que fora impugnada pelo Procurador-Geral da República quanto à sua constitucionalidade.

A Corte já possuía jurisprudência tendente a privilegiar o meio ambiente em detrimento das manifestações culturais, com enfoque na proteção contra a crueldade de animais. Foi nesse sentido que proibiu a “farra do boi”<sup>196</sup> e as “brigas de galo”<sup>197</sup>. Em todos esses casos, o dispositivo da CF violado, foi o art. 225, §1º, VII que veda a crueldade com os animais, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

---

<sup>195</sup> STF. Plenário. ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2016. Inteiro Teor, pg. 3.

<sup>196</sup> STF. 2ª Turma. RE 153.531/SC. Rel. Min. Francisco Rezek, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, j. em 03.06.1997. Consiste na soltura do boi em um local ermo a fim de que ele persiga outras pessoas ou tente fugir, levando-o à exaustão.

<sup>197</sup> STF. Pleno. ADI 2.514/SC. Rel. Min. Eros Grau, j. em 26.06.2005; STF. Pleno. ADI 3.776/RN. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28.06.2007; STF. Pleno. ADI 1.856/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.05.2011;

A discussão, nesse caso, seria mais complexa porquanto consistia em saber se a crueldade seria tangencial, e não fazia parte da finalidade em si da prática, conforme assinalaram os ministros vencidos. Caso assim o fosse, o *status* de manifestação cultural sobressairia à crueldade contra os animais. Todavia, o entendimento final da Corte, por maioria apertada, propagado no dia 6 de outubro de 2016, foi no sentido de reconhecer que a vaqueja é indissociável da crueldade contra os animais:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada<sup>198</sup>.

O Legislativo federal reagiu de forma quase imediata. Primeiramente, houve a promulgação da Lei nº 13.364 no dia 29 de novembro de 2016, que tornou a vaquejada patrimônio histórico-cultural brasileiro. Posteriormente, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 96 em 6 de junho de 2017, que acrescentou o §7º ao art. 225 da CF, assim dispondo:

Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

"Art. 225. ....

.....

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."(NR)

O legislador foi mais incisivo com essa reforma da Constituição, com o fim de abarcar as diversas práticas culturais que envolvam animais, não só a vaquejada. Aqui, denota-se, em um contexto de ponderação de princípio, uma clara preferência por parte do Legislativo em conferir maior primazia às manifestações culturais em detrimento da proteção ao meio ambiente, contrariamente ao que vinha caminhando a

---

<sup>198</sup> STF. Plenário. ADI 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2016.

jurisprudência do STF. No entanto, assinala-se que essa tensão entre os poderes culminou numa síntese de valores.

Não obstante a decisão do Supremo tenha enveredado para uma impossibilidade de compatibilização da prática da vaquejada com a saúde dos animais envolvidos, a reação legislativa tomou esse posicionamento para, embora tenha manifestado pela compatibilidade, conferir regulamentação a essas práticas e prever maior proteção aos animais envolvidos.

Nesse sentido, a Lei nº 13.364/16 foi alterada pela Lei nº 13.873/2019 (Anexo II), e, em comparação à Lei nº 15.299/13 do Ceará, traz mais dispositivos que versam sobre a saúde dos bovinos. Esse caso, portanto, também demonstra a relação que é própria entre poderes equiordenados, com atribuições concorrentes em materializar os preceitos constitucionais da melhor forma possível.

Por fim, há o caso mais recente das “cláusulas de barreira”. A discussão jurisprudencial remonta à lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), que regulamentou o art. 17, IV da CF, sobre o funcionamento parlamentar, e previu consigo uma cláusula de desempenho estampada em seu art. 13, *in verbis*:

Art. 13 – Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com o mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Ou seja, os partidos políticos tinham que cumprir três requisitos mínimos nas eleições para a Câmara: (i) 5% dos votos válidos em âmbito nacional, em (ii) 1/3 dos estados da federação (nove estados) e com (iii) 2% dos votos válidos em cada estado. Essa cláusula, além de ser condição para o funcionamento parlamentar, restringia o direito ao fundo partidário (art. 41, I e II<sup>199</sup>) e ao programa partidário (art. 48 e 49<sup>200</sup>). O Supremo foi acionado por meio da ADI 1.351, e atestou a

---

<sup>199</sup> Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

<sup>200</sup> Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos. Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: (...)

inconstitucionalidade do art. 13, e suas reverberações, impossibilitando sua aplicação nas eleições de 2006<sup>201</sup>. A Constituição, à época, não tratava da cláusula de barreira, e os ministros votaram principalmente em favor do pluripartidarismo, em atenção ao direito das minorias, no caso, as minorias políticas, bem como em face da desproporcionalidade das medidas impostas, conforme excerto do voto do ministro relator Marco Aurélio:

No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguarдем as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais da força do Estado como anteparo para que lhe esteja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo

Em que pese esse entendimento pela Corte, houve, novamente, a introdução da cláusula de barreira, dessa vez, por meio da EC nº 97, que assim dispôs:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 17.....

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

.....

---

<sup>201</sup> STF. Pleno, ADI 1351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 29.06.2007. O acórdão ficou assim ementado: "PARTIDO POLÍTICO – FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR – PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.". Foram os seguintes dispositivos declarados inconstitucionais: artigo 13; a expressão "obedecendo aos seguintes critérios", contida na cabeça do artigo 41; incisos I e II do mesmo artigo 41; artigo 48; a expressão "que atenda ao disposto no art. 13", contida na cabeça do artigo 49, com redução de texto; cabeça dos artigos 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito; e a expressão "no art. 13", constante no inciso II do artigo 57. Também por unanimidade, em julgar improcedente a ação no que se refere ao inciso II do artigo 56.

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

.....

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão."(NR)

Percebe-se, dessa forma, que a reação legislativa aqui foi parcimoniosa, mas ainda assim persistiu no instituto da “cláusula de barreira”. Parcimoniosa porque diminuiu o quociente para 3% dos votos em âmbito nacional, bem como previu uma forma alternativa de cumprimento desse desempenho. Ademais, também resguardou os casos de deputados eleitos sem que o partido ao qual estava vinculado tenha atingido o quociente, mantendo seu mandato.

#### **4.3 Reação por leis ordinárias**

A princípio, existem duas forma de o legislador se manifestar acerca das decisões do Supremo: por meio de leis ou de emendas à Constituição. No que tange às manifestações por meio de lei ordinária, as decisões acerca do foro por prerrogativa de função são emblemáticas.

Antes, o STF firmara jurisprudência para atestar que o foro por prerrogativa de função dos agentes políticos (deputados, senadores, presidente e governadores) se estendia até mesmo depois do mandato, de acordo com a súmula 394<sup>202</sup>. Em 2001, contudo, houve a superação desse entendimento, com o cancelamento dessa súmula, e o foro por prerrogativa de função passou a não mais abarcar os casos em que há cessação do mandato<sup>203</sup>. Não obstante, houve reação legislativa exarada pela Lei nº 10.628 de 2002, que alterava o Código de Processo Penal para reestabelecer o

---

<sup>202</sup> Súmula 394 do STF: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

<sup>203</sup> STF. Pleno. Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.8.1997, DJ, 9.1.2001.

entendimento de que o foro por prerrogativa se estende aos ex-exercentes da função pública, *in verbis*:

Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

Essa lei, então, foi questionada no Supremo, e teve a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º atestada. O caso não revela propriamente questões morais ou complexas. Não se trata de um caso difícil. A reação aqui pode ser entendida como legislação em causa própria, por assim dizer. No entanto, a tese firmada pelo Supremo foi bastante audaciosa, pois praticamente afirmou a exclusividade que ele tem de pronunciar-se sobre a Constituição:

(...)

1. O novo § 1º do art. 84 CPPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas **se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao**



**referendo do legislador**, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames (grifos meus)<sup>204</sup>.

A Corte não só confirmou sua decisão sobre o caso, como afirmou ser detentora da interpretação da Constituição. Ademais, verifica-se que a afirmação de que a deferência ao Legislativo seria o mesmo que sujeição ao referendo por ele está baseada numa noção antidialógica de interpretação constitucional, que exclui a possibilidade de construção do sentido do CF por todos os poderes instituídos.

Diferentemente foi o decido sobre a aposentadoria especial de professores, conforme previsto nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º da CF<sup>205</sup>. A Corte tinha o entendimento consolidado na súmula 726, aprovada em 2003, de que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”. O legislador ordinário, por sua vez, alargou essa interpretação com a edição da Lei nº 11.430 de 2006, que preceitua:

Art. 1º O art. 67 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 67. ....

.....

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores **e especialistas em educação** no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, **incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.** (grifos meus)”

O referido diploma legal foi alvo de ADI, e a Corte chancelou parcialmente a mudança legislativa:

---

<sup>204</sup> ADI 2797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.9.2005, DJ 19.12.2006.

<sup>205</sup> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) § 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar.

II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, **excluídos os especialistas em educação**, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal (grifos meus).<sup>206</sup>

No caso, houve modificação no entendimento jurisprudencial consolidado por meio da reação legislativa ao diploma. No entanto, a Corte também se pronunciou quanto à possibilidade de alargamento da hipótese aos especialistas em educação, negando-a – e isso representa propriamente o controle recíproco que é feito entre os poderes.

Deve ser considerada também o teor da mudança legislativa. Diferentemente da prerrogativa de função, a mudança feita pelo legislador não foi diametralmente contra a jurisprudência consolidada do STF. Houve apenas um alargamento da hipótese. Além disso, a Corte pouco se manifestou sobre a superveniência legislativa em “confronto” com o seu posicionamento, razão por que nesse caso não houve um debate próprio acerca do que se entende por reação legislativa.

Ela, porém, insere-se no panorama do diálogo institucional, pois a mudança de entendimento se deu a partir de uma interpretação feita pelo Legislativo do texto constitucional. É uma hipótese, portanto, que constata a própria sistemática da divisão de poderes em torno da convergência de atribuições com vistas à concretização ótima dos ditames constitucionais.

Embora seja tendencioso afirmar a resposta ou reação legislativa vise à modificação de entendimentos proferidos pelo Supremo, é de se considerar que há casos em que o legislador acompanha as decisões proferidas por ele.

O Título VI do Código Penal (CP) trata dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. O art. 225 do possuía a seguinte redação:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

---

<sup>206</sup> ADI 3.772, Rel. p. ac/ Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26.3.2009

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Diante disso, em 1984, o STF editou a Súmula 608 com o seguinte teor:

Súmula 608-STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Posteriormente, a Lei nº 12.015/2009 alterou o referido artigo, que passou a vigor da seguinte forma:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

A regra geral para os crimes de estupro passou, então, a ser a ação pública condicionada. Ao tratar sobre as exceções nas quais o crime seria de ação pública incondicionada, o parágrafo único do art. 225 não falou em estupro com violência real. Diante disso, parte da doutrina entendeu que a referida súmula estaria suspensa.

O STF, contudo, firmou entendimento de que, mesmo após a Lei nº 12.015/2009, o estupro praticado mediante violência real continuou a ser de ação pública incondicionada, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGADA NECESSIDADE DE OITIVA DE NOVAS TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA MESMO APÓS A LEI 12.015/2009. HIGIDEZ DA SÚMULA 608 DO STF.

(...)

2. A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, diante da constatação de que os delitos de estupro, em parcela significativa, são cometidos mediante violência, e procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, aderiu à posição de crime de ação

pública incondicionada, que veio a ser cristalizada na Súmula 608, em pleno vigor.

(...)

#### 4. Ordem denegada

(STF. 1ª Turma. HC 125360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/2/2018)

A Lei nº 13.718/2018, por sua vez, retirou qualquer dúvida que ainda poderia existir e chancelou a jurisprudência estampada na súmula 608 do STF, além de estender sua aplicação. O art. 225 do CP possui, hoje, a seguinte redação:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

A linha interpretativa do Supremo, no tocante à tutela penal dos direitos das mulheres, é no sentido de promover sua máxima proteção, ainda que nisso acabe por adotar uma postura mais punitivista. É o que se vê, por exemplo, quando decidiu que os crimes de lesão corporal cometido em contexto de violência doméstica contra a mulher são procedidos mediante ação penal pública incondicionada<sup>207</sup>, ou quando firmou precedente de que o princípio da insignificância não se aplica nos delitos praticados em situação de violência doméstica<sup>208</sup>, ou ainda quando entendeu que é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em crimes cometidos nessa mesma situação<sup>209</sup>.

O legislador, no caso, estendeu ainda mais a proteção conferida aos direitos das mulheres ao prever que os crimes contra a dignidade sexual, culturalmente praticados contra as pessoas do sexo feminino, proceder-se-ão mediante ação penal incondicionada.. No particular, portanto, percebe-se que a posição legislativa está em arrimo com o entendimento dominante do Supremo sobre o tema<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> STF. Plenário. ADI 4.424/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/02/2012.

<sup>208</sup> STF. 2ª Turma. RHC 133043/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/5/2016.

<sup>209</sup> STF. 1ª Turma. HC 137.888/MS. Relª. Minª. Rosa Weber. Julgado em 31/10/2017.

<sup>210</sup> A Lei nº 13.718/2018, ademais, também chancelou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consignado na Súmula nº 593 com a seguinte redação: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”. O diploma normativo incluiu o §5º ao art. 217-A do CP (crime de estupro de vulnerável), que prescreve: “§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”

#### 4.4 Diálogos constitucionais e ADI 5.105

Por fim, a Corte Suprema também possui uma decisão paradigma no que concerne especificamente aos casos de reação legislativa aos seus julgados. Foi na ADI 5.105/DF, de relatoria do ministro Luiz Fux, que o STF tratou especificamente dos casos em que legislador se manifesta contrariamente a uma de suas decisões. Nos fundamentos, o ministro valeu-se da obra *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais* de Rodrigo Brandão, que trata, além de outras matérias, da reação legislativa a decisões do Supremo.

Brandão analisa a teoria dos diálogos a partir da noção de democracia deliberativa, contexto que permite o desacordo moral, haja vista o pluralismo político nas democracias contemporâneas, em que a intersubjetividade é a regra. Ou seja, deve haver um espaço de discussão em que seja possível aos cidadãos reconhecerem as mais diversas perspectivas individuais de cada um, ainda que não se tenha como objetivo maior o consenso<sup>211</sup>.

A expansão do Judiciário, por sua vez, levou a uma inversão da antiga supremacia legislativa, marcada pelo positivismo judicial. Nesse diapasão, a teoria dos diálogos constitucionais não se resume a centrar novamente a legitimidade interpretativa apenas ao legislativo, mas pulverizar a prerrogativa única que vem sendo conferida à Suprema Corte na interpretação da Constituição<sup>212</sup>:

Enquanto na visão liberal há uma clivagem entre o Judiciário/questões de princípio e o Legislativo/questões de política, de maneira que as primeiras seriam alçadas à Constituição e protegidas da política pelo Judiciário, ao passo que as segundas seriam tratadas pelo legislador livre de parâmetros constitucionais do controle de constitucionalidade, a doutrina dos diálogos afirma 'apenas' o protagonismo dos 'poderes' nas suas respectivas searas, de forma a enfatizar a importância dos freios e contrapesos<sup>213</sup>.

A teoria dos diálogos, ademais, seria preferível à autorrestrição judicial, pois este último entrega ao arbítrio do juízes a autoconsciência de se estar diante de um caso de deferência ou não<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pgs. 260-263.

<sup>212</sup> Ibidem. Pg. 267.

<sup>213</sup> Ibidem. Pg. 275.

<sup>214</sup> Ibidem. Pg. 280.

Brandão afirma que originariamente a correção legislativa de determinadas decisões judiciais era medida que por si só encerrava o debate. No contexto atual, no entanto, a resposta legislativa ainda encontra óbice na posterior apreciação judicial. Isso se deu pela evolução da separação dos poderes, que passou ao judiciário o poder de criar o direito, ante o contexto atual de judicialização da política e ativismo judicial<sup>215</sup>.

O autor também preconiza que a resposta legislativa é uma forma de *accountability* dos juízes, que, diferentemente dos políticos, não estão rotineiramente sujeitos ao escrutínio popular<sup>216</sup>.

Diferentemente da reação legislativa, formas de ataque direto às Supremas Cortes como "a alteração do número de seus membros, a manipulação das suas competências e o impeachment de juizes para fins não disciplinares"<sup>217</sup>, além do controle do orçamento e do processo de nomeação dos juízes, são meios antidemocrático de reação dos demais poderes, e que no Brasil foi observado no período ditatorial da nas décadas de 60 a 80.

No plano das teorias que tratam da dinâmica entre as instituições, Brandão analisa a doutrina de diálogos constitucionais de Peter Hogg e Allison Bushell, segundo a qual a

reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como um instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade<sup>218</sup>.

Noutro giro, pela teoria da construção coordenada “cada 'poder' tem a possibilidade de interpretar a Constituição, como um pressuposto necessário ao exercício das suas atribuições”<sup>219</sup>. A principal diferença entre ambas as teorias, é que a segunda admite que as leis *in your face* são meios legítimos de reação legislativa, ainda que para chancelar os fundamentos da decisão judicial de que trata. As leis *in your face*,

---

<sup>215</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Ob. Cit., pg. 270.

<sup>216</sup> Ibidem. Pg. 272.

<sup>217</sup> Ibidem. Pg. 281.

<sup>218</sup> Ibidem. Pg. 336.

<sup>219</sup> Ibidem. Pg. 339.

segundo o autor, são “destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável”<sup>220</sup>.

Por fim, analisa a teoria reformulada da supremacia judicial de Frederick Schafer e Larry Alexander, segundo a qual deve haver uma instituição responsável por dar a última palavra sobre a Constituição, sob pena de esta perder sua função estabilizadora e coercitiva. Por outro lado, sua teoria é mais adequada num contexto de Constituição modesta, ou seja, Constituições que pouco tratam de matérias abstratas, mas se reservam principalmente a definir a estrutura do Estado. Nesse sentido, apenas por meio de emendas constitucionais seria possível superar as decisões judiciais, mas o Judiciário não detém o monopólio da concretização dos princípios constitucionais<sup>221</sup>.

Todavia, Brandao afirma que essa teoria na prática não otimiza a função política da Constituição num contexto de constitucionalismo, mas acaba por propiciar o minimalismo constitucional, centrado nos "direitos de primeira geração"<sup>222</sup>.

Com efeito,

não se pode afirmar, portanto, que na solução dos conflitos morais inerentes à aplicação concreta de direitos fundamentais é mais importante haver alguma decisão do que se buscar a decisão melhor, como afirmam Schafer e Alexandre para questões jurídicas em geral, e, em particular, para as questões constitucionais. Ao contrário, nesta sede se afigura pertinente a construção de um modelo de decisão aberto e flexível, para que as decisões se estabilizem após amplo processo deliberativo, apto a revelar as virtudes e fraquezas de cada posição<sup>223</sup>.

Também afirma que a teoria coordenada não deve ser aplicada, porque a equiordenação literal da interpretação da Constituição levaria a uma ineficácia das decisões judiciais mesmo no plano prescritivo, pois, sob o pretexto de ter igualmente a prerrogativa de interpretação da Constituição, o Executivo, por exemplo, poderia eximir-se de cumpri-las<sup>224</sup>.

Conclui o autor:

Ademais, caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento de sua prolação, tornam-se

---

<sup>220</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Ob. Cit. Pg. 301.

<sup>221</sup> Ibidem. Pgs. 341-343.

<sup>222</sup> Ibidem. Pg. 345.

<sup>223</sup> Ibidem. Pgs. 346 e 347.

<sup>224</sup> Ibidem. Pg. 347.

com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas, sobretudo se tal decisão 'definitiva' for da lavra de órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover a estabilidade social, estimular a polarização das disputas políticas.

Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais 'poderes' e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material - segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida - causa problemas de responsividade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. Explica-se: se virtualmente todas as questões política relevantes são judicializadas, a enorme dificuldade de superação das decisões da Suprema Corte torna o órgão de cúpula do Judiciário uma instituição 'desviante' em um sistema democrático, pois irá dirimir um grande número de questões politicamente relevantes em relação às quais o povo não terá mecanismos efetivo de correção<sup>225</sup>.

Em suma, portanto, as reações às decisões judiciais no plano executivo, ou seja, pela administração pública, é problemática, sob pena de perda de vinculação. Contudo, isso não significa que não possa haver uma movimentação política em torno da esfera legislativa - ou mesmo da opinião pública-, momento em que o debate se torna mais complexo.

Diante disso, Brandão expõe a importância de as Supremas Cortes, em certa medida, observarem a opinião pública:

Apesar de já se ter assinalado que a Suprema Corte deve usar a sua 'cota de decisões contramajoritárias' para avançar na tutela dos direitos de minorias, não se pode negar que o alinhamento da jurisprudência constitucional da corte à opinião pública (sobretudo quando os poderes políticos adotam posições repudiadas pela maioria da população - p. ex., nepotismo, vencimentos acima do teto remuneratório, pensões para ex-governadores etc.) tem forte base normativa. A sintonia da sua jurisprudência com a opinião pública provê à Corte instrumento valiosíssimo para a garantia da implementação das suas decisões mesmo quando haja forte resistência dos poderes políticos, pois a não implementação da decisão lastrada na opinião pública tem alto custo político, especialmente quando o público conseguir percebê-la.

Por outro lado, a sincronização da sua jurisprudência com a opinião pública tende a aumentar o apoio popular difuso da Suprema Corte, o que contribui decisivamente para a expansão da sua influência política. O aumento do apoio popular à Suprema Corte lhe protege de ataques e de retaliações dos poderes políticos, eleva o custo político da não implementação das suas decisões, e aumenta o seu estoque de decisões contramajoritárias, conferindo-lhe maior possibilidade prática de proteger minorias estigmatizadas no processo político majoritário.

---

<sup>225</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Ob. Cit., pg. 344.



Além disso, há razões epistêmicas para que a Suprema Corte considere seriamente sólida opinião pública contrária à sua jurisprudência. Partindo-se de uma permissão de humildade judicial, é de se esperar que os juizes não estejam muito seguros da correção da sua decisão caso haja consistente opinião pública em sentido contrário, especialmente em sede de questões morais controvertidas em relação às quais haja um 'desacordo razoável'

Contudo, é inegável que, sob condições desfavoráveis, a dita 'opinião pública' pode não refletir a vontade autônoma do povo, construída em um processo efetivamente deliberativo, mas preconceitos sistemáticos, opiniões de grupos de interesse ou preferências radicais obtidas em um contexto de polarização política, de molde que uma atuação efetivamente contramajoritária poderá ser valiosa na tutela de direitos de minorias. Todavia, em situações de normalidade parece natural que um juiz, que esteja alerta para a sua falibilidade e para o desacordo razoável existente em relação a questões morais controvertidas, tenda a levar a sério entendimentos amplamente compartilhados na sociedade e nos demais 'poderes'<sup>226</sup>.

No entanto, a observância da opinião pública pelo Judiciário deve ser vista com moderação, e servir apenas como mais um parâmetro adotado pela Corte Suprema em suas decisões, dentre vários outros a serem considerados. Como bem aponta, mesmo o que se entende por “opinião pública” é problemático, e pode não corresponder ao anseio popular. Nessa esteira, muito embora acabe por conferir *accountability* aos órgãos judiciais, por outro lado, o fato de os juizes não estarem ligados à opinião pública é fundamental em sua importante função contramajoritária, porquanto a democracia não se baseia tão somente na visão de uma maioria política, mas também no respeito às minorias.

Ainda no que concerne à reação legislativa sob a ótica dos diálogos constitucionais, Brandão afirma que a reação do legislador mediante leis infraconstitucionais não deve servir a uma conjuntura de supremacia legislativa, em que a reação legislativa tem mais valor do que o decidido na esfera judicial, ou a uma conjuntura de supremacia judicial, em que a reação já nasce com o vício da inconstitucionalidade, mas, ao contrário, à abertura do diálogo constitucional, em que o Judiciário novamente se manifesta, desta vez levando em consideração a reação legislativa à sua decisão<sup>227</sup>:

(...) Portanto, a grande vantagem da teoria dos diálogos constitucionais consiste em reconhecer as falhas e as virtudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre eles em um sistema de separação de poderes contribuirá para a construção de um processo

---

<sup>226</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Ob. Cit., pgs. 351 e 352.

<sup>227</sup> Ibidem. Pg. 353.

deliberativo melhor. Ao contrário das doutrinas de supremacia, rejeita a absolutização de um critério de pedigree, segundo o qual um ator, por ter determinada capacidade institucional, produzirá necessariamente decisões melhores, como se tais 'poderes' fossem infalíveis<sup>228</sup>.

No caso brasileiro, a reação legislativa contribui também para a mudança do entendimento do STF quando declara a inconstitucionalidade de leis. Isso porque, ao contrário dos casos em que assenta a constitucionalidade de uma lei, em que posteriormente pode vir a declará-la inconstitucional ante a propositura de uma nova ADI, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista o efeito vinculante e *erga omnes* dessas decisões, a mudança de entendimento só ocorre se houver nova manifestação do legislador infraconstitucional, casos que o Brandão chama de “mutação constitucional por iniciativa do legislador”. Assim,

embora seja razoável sustentar no Brasil que somente emendas constitucionais possam reverter frontalmente interpretações constitucionais do STF, não se afigura legítimo generalizar tal assertiva, no sentido de afirmar que em nenhuma hipótese poderá alterar decisões do STF em matéria constitucional<sup>229</sup>.

O autor afirma que nos casos de reação legislativa por emendas constitucionais, o STF adota entendimento mais deferente, limitando-se à análise dos limites do poder de reforma da Constituição (387).

No caso de reação por leis ordinárias, o autor preconiza a necessidade de o legislador trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento assentado pelo STF:

Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar argumentativamente, que tal norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardião da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se alteração informal da Constituição.

---

<sup>228</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Ob. Cit. Pgs. 355 e 356.

<sup>229</sup> Ibidem. Pg. 379.

Foi justamente neste último exerto que o Supremo se baseou no julgamento da ADI 5.105/DF, ou seja, no ônus argumentativo que incumbe ao legislador ao promulgar lei contrária a seus precedentes.

Na espécie, o STF julgou conjuntamente, no dia 29 de junho de 2012, as ADIs 4.430 e 4.795, de relatoria do ministro Dias Toffoli, em que foi questionada a validade da expressão “representação na Câmara dos Deputados” e dos incisos I e II contidos no §2º do art. 47 da Lei nº 9.504/94 (Lei das Eleições), e a integralidade do §6º de seu art. 45. Os dispositivos possuíam o seguinte teor:

Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

(...)

**§ 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional.**

Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.

(...)

**§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:**

**I - um terço, igualmente;**

**II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.**

No mérito, os ministros acordaram, por maioria, em julgar parcialmente procedente o pedido, declarando a constitucionalidade do § 6º do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida no § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/1997, e dando interpretação conforme a Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, assegurando, assim, aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação

dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação.

O acórdão ficou assim ementado:

Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Artigo 45, § 6º, e art. 47, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Conhecimento. Possibilidade jurídica do pedido. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados. Violação do art. 17, § 3º, da Constituição Federal. Critérios de repartição do tempo de rádio e TV. Divisão igualitária entre todos os partidos que lançam candidatos ou divisão proporcional ao número de parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados. Possibilidade constitucional de discriminação entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados. Constitucionalidade da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal. Participação de candidatos ou militantes de partidos integrantes de coligação nacional nas campanhas regionais. Constitucionalidade. Criação de novos partidos políticos e as alterações de representatividade na Câmara dos Deputados. Acesso das novas legendas ao rádio e à TV proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados (inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97), considerada a representação dos deputados federais que tenham migrado diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Momento de aferição do número de representantes na Câmara Federal. Não aplicação do § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, segundo o qual, a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais. Critério inaplicável aos novos partidos. Liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos (art. 17, *caput*, CF/88). Equiparação constitucional. Interpretação conforme.

1. O não conhecimento da ADI nº 1.822/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, por impossibilidade jurídica do pedido, não constitui óbice ao presente juízo de (in)constitucionalidade, em razão da ausência de apreciação de mérito no processo objetivo anterior, bem como em face da falta de juízo definitivo sobre a compatibilidade ou não dos dispositivos atacados com a Constituição Federal. A despeito de o pedido estampado na ADI nº 4.430 se assemelhar com o contido na ação anterior, na atual dimensão da jurisdição constitucional, a solução ali apontada não mais guarda sintonia com o papel de tutela da Lei Fundamental exercido por esta Corte. O Supremo Tribunal Federal está autorizado a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme à Constituição Federal, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa.

2. A exclusão da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão das agremiações partidárias que não tenham representação na Câmara Federal representa atentado ao direito assegurado, expressamente, no § 3º do art. 17 da Lei Maior, direito esse indispensável à existência e ao desenvolvimento desses entes plurais e, sem o qual, fica cerceado o seu

direito de voz nas eleições, que deve ser acessível a todos os candidatos e partidos políticos.

3. A solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria Constituição Federal, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, §§ 2º e 3º; art. 58, § 1º).

4. O conteúdo do art. 45, § 6º, da Lei nº 9.504/97 não afronta a exigência de observância do caráter nacional pelos partidos políticos, reforçando, ao contrário, as diretrizes de tal exigência constitucional, ao possibilitar ao partido político que se utilize, na propaganda eleitoral em âmbito regional, da imagem e da voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional. Cabe à Justiça Eleitoral ponderar sobre eventuais abusos e excessos na participação de figuras nacionais nas propagandas locais.

5. A história dos partidos políticos no Brasil e a adoção do sistema proporcional de listas abertas demonstram, mais uma vez, a importância do permanente debate entre “elites locais” e “elites nacionais” no desenvolvimento de nossas instituições. O sistema eleitoral brasileiro de representação proporcional de lista aberta surgiu, exatamente, desse embate, resultado que foi da conjugação de nossa ausência de tradição partidária com a força das nossas bases eleitorais regionais.

6. Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no *caput* do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, *caput*, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária.

Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, *caput*, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.

7. Continência entre os pedidos da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Uma vez que se assenta a constitucionalidade do § 6º do art. 45 da Lei 9.504/97 e que o pedido maior, veiculado na ADI nº 4.430, autoriza o juízo de constitucionalidade sobre os vários sentidos do texto impugnado, inclusive aquele referido na ADI nº 4.795, julga-se parcialmente procedente o pedido da ADI nº 4.430, no sentido de i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97 e ii) dar interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Por conseguinte, fica prejudicado o pedido contido na ADI nº 4.795.

Posteriormente, no dia 30 de outubro de 2013, houve a promulgação da Lei nº 12.875/2013, que alterou o referido art. 47 da Lei das Eleições, que passou a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47.....

.....

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram;

II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

.....

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Diante disso, foi movida a ADI nº 5.105, questionando a diferenciação perpetrada pelo legislador entre os partidos criados antes e depois da eleição para a Câmara dos Deputados.

O STF julgou procedente a ADI por maioria apertada, no dia 1º de outubro de 2015, e declarou inconstitucionais os artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875/2013, mantendo os fundamentos exarados na decisão anterior, pelo direito de antena a partidos criados após as eleições. O acórdão ficou ementado da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE

COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA).

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.

3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República.

5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.



5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.

6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.

7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.

8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga.

9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário.

10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

11. In casu, é inobjetável que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por

isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.

12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

No julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, o Supremo fora acionado para decidir sobre vários dispositivos da Lei de Eleições, principalmente a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida no §2º de seu art. 47. Todavia, a reação legislativa a esta decisão não repetiu a condição de representação na Câmara, porém manteve os critérios de acesso ao direito de antena sob novas proporções.

O debate, portanto, tornou-se mais específico, e, nisso, o plenário sinalizou maior discordância – cinco ministros votaram pela improcedência. O ministro Edson Fachin, que iniciou a divergência, considerou que, muito embora o legislador não tenha se imiscuído nos fundamentos exarados pelo Supremo anteriormente – ademais, por impossibilidade temporal, assinala –, o caso em si trata de escolhas válidas em termos constitucionais, e que, nesse caso, o Legislativo detém maior legitimidade para tanto<sup>230</sup>.

Nada obstante os fundamentos do mérito da decisão, concernente ao direito de antena e ao fundo partidário aos partidos criados no curso da legislatura<sup>231</sup>, importa para a discussão aqui travada o entendimento firmado acerca dos casos em que o Congresso edita lei em sentido contrário a entendimento anteriormente firmado pelo Supremo.

É possível, dessa forma, extrair algumas conclusões do aresto: (i) a edição de lei ordinária contrária a decisão anteriormente firmada pelo STF padece de presunção relativa de inconstitucionalidade; (ii) o STF deve estar aberto ao diálogo nesses casos; e (iii) o Legislativo tem o ônus argumentativo de expor razões que convençam a Corte da necessidade de mudança do entendimento assente.

---

<sup>230</sup> Págs. 83 e 84 do inteiro teor do acórdão. O mesmo entendimento foi externado pelo ministro Teori, pgs. 114-116.

<sup>231</sup> Cumpre frisar que o art. 47 da Lei das Eleições foi revogado pela Lei nº 13.487/2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, verifica-se que existe um complexo pano de fundo responsável pela configuração do papel do Judiciário na atualidade. Isso se deu através de uma evolução histórica e filosófica de várias teorias e conceitos, que foram se amoldando à realidade insurgente. A teoria da separação de poderes, em seu cerne, traz a ideia de controle de poder, que hoje é representada pela Constituição enquanto força normativa vinculante que deve ser respeitada por todos os poderes constituídos.

Esse arcabouço é marcado por um contexto histórico de redemocratização e pós-guerra, o que, ao fim e ao cabo, é representado pelo movimento denominado neoconstitucionalista. Nele, a legitimidade do Judiciário em manifestar-se sobre variados temas é exercida através de uma complexa argumentação jurídica bastante aberta, o que põe em cheque sua relação com os demais poderes constituídos, e em debate a medida dessa legitimidade.

Todo esse fenômeno tem como consequências principais a judicialização da política e o ativismo judicial. O primeiro, tanto na utilização pelas demais instituições não judiciárias do *modus operandi* judicial, quanto pela manifestação do poder Judiciário em relação a temas politicamente relevantes. O segundo, por sua vez, pode ser considerado uma forma de manifestação das cortes/juízes nesse contexto, que, *a priori*, não pode ser escrutinada quanto à sua legitimidade. Sua definição, ademais, comporta diversas dimensões, capazes de representar os mais diversos fatores que o circundam. Tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial devem ser casuisticamente analisados, pois, pelo menos em princípio, decorrem das prerrogativas conferidas ao Judiciário para se manifestar, sem, contudo, encerrarem a legitimidade de suas manifestações.

Além do mais, a sistemática em torno do neoconstitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial está em larga medida presente no debate brasileiro. A Constituição de 1988 é marco histórico para o surgimento desses fenômenos. Com o fito de tratar dos mais diversos temas da vida privada e pública, a Carta Maior foi responsável por alargar as competências do Supremo Tribunal Federal, que, diante disso, passou a construir relevante jurisprudência sobre os mais diversos

temas, dos mais simples aos mais complexos. Ante sua característica analítica, ademais, é permitido à Suprema Corte manifestar-se sobre quase tudo, o que levanta o debate acerca da legitimidade dessa atuação, e em que medida ela deve posicionar-se ou abster-se.

Diante disso, há a discussão acerca do ativismo judicial muitas vezes exercido pelo STF. Primeiramente, é possível concluir que as decisões ativistas não são, a princípio, ilegítimas, porquanto, incumbido de traduzir o sentido da Constituição, o Judiciário detém a prerrogativa de produzir decisões que garantam os direitos nela previstos. No entanto, a dificuldade consiste em saber sobre quais temas a Corte deve adotar uma postura mais autocontida ou mais ativista. Além do mais, como foi possível constatar da obra de Alexandre Campos, o ativismo e a autocontenção judicial são fenômenos multidimensionais, que se manifestam das mais diversas formas, algumas mais ilegítimas que outras. A partir dessa análise multifacetada é possível estabelecer alguns parâmetros sobre os limites da legitimidade em que as Cortes possam decidir de forma ativista, e em quais momentos é preferível que adote uma postura autocontida.

Ainda sobre essa discussão, cabe ressaltar que o Supremo não detém a última palavra sobre o sentido da Constituição, pois o legislador não se encontra vinculado às suas decisões. Essa conclusão é importante, ademais, porque, enquanto a Constituição trata sobre quase tudo, e é principal responsável pela mitigação dos Poderes, e tendo em vista que ao Judiciário incumbe a sua guarda, é demasiado perigoso conferir a ele a prerrogativa da última palavra. Isso porque às vezes as Cortes se encontram limitadas institucionalmente para proferir a melhor decisão em determinado caso, ou simplesmente porque elas podem errar em suas manifestações.

Nisso, a posterior manifestação do Legislativo sobre suas decisões é importante mecanismo de freio e contrapeso, capaz de aperfeiçoar o debate sobre os mais diversos temas tratados pela Constituição, a fim de otimizar sua aplicação.

A reação legislativa, por sua vez, dá-se por emendas constitucionais ou por leis infranconstitucionais. Pela primeira, o STF mantém uma postura mais autocontida, analisando apenas a observância do rito processual legislativo, e, materialmente, a observância das cláusulas pétreas. Todavia, as leis em sentido contrário a decisões do Supremo, por sua vez, tornam o debate mais complexo.

Apesar de já ter se manifestado como verdadeiro detentor da última palavra sobre o sentido da constituição no caso sobre o foro por prerrogativa de função, é possível afirmar que o Supremo hoje detém uma jurisprudência mais aberta ao diálogo constitucional. É o que se vê do decidido na ADI 5.105, em que foi adotado o posicionamento de que a lei contrária a decisão do STF nasce com presunção de inconstitucionalidade, e ao ser analisada, a Corte deve estar aberta às propostas do legislador. Na prática, importa dizer que o Supremo analisa os argumentos exarados pelo parlamento para decidir se se convence ou não de seu posicionamento.

Muito embora seja um passo importante para uma nova configuração político-institucional entre ambos os poderes, e também seja um instrumento funcional de análise, o exame dos argumentos exarados no processo legislativo da lei reativa deve ser um instrumento a mais na decisão sobre sua inconstitucionalidade ou não. A própria reação, ainda que não tenha levado em consideração decisão judicial contrária, por si só, é suficiente para que o STF tenha mais cuidado ao pronunciar-se novamente, e leve em consideração o esforço político feito pelo legislador ao editar norma com o mesmo teor da que fora impugnada, principalmente quando não existe direitos fundamentais em jogo.

Portanto, foi possível constatar que ao papel Judiciário na atualidade, subjaz um complexo pano de fundo histórico, filosófico, social e jurídico, que justifica essa atuação proeminente. Contudo, é necessário que esse papel seja constantemente escrutinado, tendo em vista aprimorar cada vez mais as relações entre as instituições constituídas, a fim de que a atribuição constitucional por elas exercida seja de ótima materialização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009, p. 71-91.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: RDA 240, 2005, p. 01-42.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BIELSCHOWSKY, Raoni. *Separação dos poderes, cooperação constitucional e lealdade institucional*. 2015, p. 152-165. 10.17931/dcfp\_v1\_art12.

BIM, Eduardo Fortunato. *Divergências científicas e metodológicas no direito ambiental e autocontenção judicial*. Direito Público, Porto Alegre, v. 9, no 46, p. 9- 38, jul./ago. 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Ed. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2012, 376 fls.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, n. 23, Curitiba, nov. 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n.o 34.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. 2011. In A. FELLET, D. PAULA, & M. (. NOVELINO, As novas faces do ativismo judicial (pp. 459-473). Salvador: Juspodivm.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Fifth printing. New York, Mentor Book/ The New American Library Inc., 1961. Tradução de Cid Knipell Moreira.

HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. *Quem impõe limites às reformas previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 193-218, out./dez. 2017.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa – Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro*. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf).

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. In MATIAS, João Lius Nogueira. Direito, complexidade e globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. P 149-162.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2008.

MORAES, Ricardo Quartim. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de informação legislativa, Brasília, DF, v. 51, n. 204, p. 269-285, out/dez. 2014.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Separação dos Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – considerações*. In.: Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 29, nº 115, jul.-set. de 1992, p. 209-218. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175893>

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial*. Quaestio Iuris., v. 6, n.º 2, 2013, p. 107-150.

\_\_\_\_\_, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm: 2011, p.73.

TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power? In The Global Expansion of Judicial Power*. New York : New York University, 1995. Pg.

VALLE, Jaime. *O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais*. Revista Direito e Política, Loures, n. 1, pp. 62-72, out./dez. 2012.



## **ANEXO I**

LEI Nº 15.299, DE 08.01.13 (D.O. 15.01.13)

REGULAMENTA A VAQUEJADA COMO  
PRÁTICA DESPORTIVA E CULTURAL NO  
ESTADO DO CEARÁ.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ.

Faço saber que a Assembleia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte  
Lei:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§ 1º Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§ 2º A competição dever ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§ 3º A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§ 1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§ 2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§ 3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DA ABOLIÇÃO, DO GOVERNO DO ESTADO DO  
CEARÁ, em Fortaleza, 08 de janeiro de 2013.

## ANEXO II

LEI Nº 13.364 DE 29 DE NOVEMBRO DE 2016

Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019)

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019)

Art. 2º O rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, são reconhecidos como manifestações culturais nacionais e elevados à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019)

Art. 3º São consideradas expressões artísticas e esportivas do rodeio, da vaquejada e do laço atividades como: (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019)

I - montarias;

II - provas de laço;

III - apartação;

IV - bulldog;

V - provas de rédeas;

VI - provas dos Três Tambores, Team Penning e Work Penning;

VII - paleteadas; e

VIII - outras provas típicas, tais como Queima do Alho e concurso do berrante, bem como apresentações folclóricas e de músicas de raiz.

Art. 3º-A. Sem prejuízo do disposto no art. 3º desta Lei, são consideradas modalidades esportivas equestres tradicionais as seguintes atividades: (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

I - adestramento, atrelagem, concurso completo de equitação, enduro, hipismo rural, salto e volteio; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

II - apartação, time de curral, trabalho de gado, trabalho de mangueira; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

III - provas de laço; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

IV - provas de velocidade: cinco tambores, maneabilidade e velocidade, seis balizas e três tambores; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

V - argolinha, cavalgada, cavalhada e concurso de marcha; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

VI - julgamento de morfologia; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

VII - corrida; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

VIII - campereada, doma de ouro e freio de ouro; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

IX - paleteada e vaquejada; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

X - provas de rodeio; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

XI - rédeas; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

XII - polo equestre; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

XIII - paraequestre. (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

Art. 3º-B. Serão aprovados regulamentos específicos para o rodeio, a vaquejada, o laço e as modalidades esportivas equestres por suas respectivas associações ou entidades legais reconhecidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

§ 1º Os regulamentos referidos no **caput** deste artigo devem estabelecer regras que assegurem a proteção ao bem-estar animal e prever sanções para os casos de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

§ 2º Sem prejuízo das demais disposições que garantam o bem-estar animal, deve-se, em relação à vaquejada: (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

I - assegurar aos animais água, alimentação e local apropriado para descanso; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

II - prevenir ferimentos e doenças por meio de instalações, ferramentas e utensílios adequados e da prestação de assistência médico-veterinária; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

III - utilizar protetor de cauda nos bovinos; (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

IV - garantir quantidade suficiente de areia lavada na faixa onde ocorre a pontuação, respeitada a profundidade mínima de 40 cm (quarenta centímetros). (Incluído pela Lei nº 13.873, de 2019)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de novembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

*Alexandre de Moraes*